

VU Research Portal

Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn

Steyger, E.; Struiksma, J.; Botman, M.R.

2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Steyger, E., Struiksma, J., & Botman, M. R. (2015). *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn*. Ministerie van Infrastructuur en Milieu.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn

prof. mr. E. Steyger, prof. mr. J. Struiksma en mr. M.R. Botman

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Opzet onderzoek	3
1.2 De onderzoeksvragen	4
1.3 Samenvatting en conclusies van Deel I en Deel II	5
2. Het Europese wettelijk kader voor vestiging van detailhandel	11
2.1 Binnen welke grenzen kunnen wettelijke eisen worden gesteld aan vestiging van detailhandel?	11
3. De vrijheid van vestiging	11
3.1 Inhoud en strekking	11
3.2 (Economische) vestigingseisen en de rechtspraak van het Hof van Justitie	14
3.3 De gevolgen van de rechtspraak van het Hof voor Nederlandse vestigingseisen	20
4. Het vrij verkeer van diensten	21
5. Het onderscheid tussen vestiging (49 VWEU) en tijdelijke dienstverlening (56 VWEU)	22
6. Vrij verkeer van goederen	23
6.1 Inhoud en strekking	23
6.2 Het onderscheid tussen een goed en een dienstverrichting	23
7. De Dienstenrichtlijn	27
7.1 Inhoud en strekking	27
7.2 Binnen welke grenzen is een vestigingsvergunning geoorloofd?	28
7.3 Grenzen aan de beslissingsruimte van het bestuursorgaan	29
7.4 Verboden en verdachte vestigingseisen	30
7.5 Het verbod van economische criteria	30
7.6 Territoriale en kwantitatieve eisen zijn verdacht	31
7.7 Eisen aan tijdelijke dienstverlening	32
7.8 De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn	33
7.9 Welke activiteiten vallen onder de Dienstenrichtlijn?	33
7.10 Valt detailhandel onder Dienstenrichtlijn? Ons inziens niet	33
7.11. Welke nationale maatregelen vallen binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn?	38

<i>7.12. Ruimtelijke voorschriften en de Dienstenrichtlijn</i>	38
8. Aan welke verkeersvrijheid moet worden getoetst in geval van samenloop?	40
9. Het vereiste van een grensoverschrijdende situatie	40
10. Conclusie ten aanzien van deel I	41
11. Hoe is de ruimtelijke ordening in Nederland geregeld?	43
<i>11.1 Inleiding</i>	<i>43</i>
<i>11.2 Het ruimtelijke detailhandelsbeleid</i>	<i>43</i>
<i>11.3 Detailhandel en goede ruimtelijke ordening</i>	<i>44</i>
<i>11.4 Ladder duurzame verstedelijking</i>	<i>47</i>
<i>11.5 Tussenconclusie</i>	<i>47</i>
12. Ruimtelijke ordeningsbevoegdheden van gemeente en provincie	49
13. De Casusposities	50
<i>13.1 Inleiding</i>	<i>50</i>
Casuspositie 1: Outlet center Zevenaar	51
Casuspositie 2: Decathlon Schiedam	60
Casuspositie 3: Hornbach Ressen (Nijmegen) en Decathlon in Arnhem	67
Casuspositie 4: Vestiging Toys 'R Us in Gemeente Groningen	76
Casuspositie 5: Reactieve aanwijzing van GS van Zuid-Holland aan Lansingerland	79
14. Conclusies ten aanzien van Deel II	84
15. Bijlage I: De onderzoekers	87

Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn

Prof. mr. E. Steyger, prof. mr. J. Struiksma en mr. M. R. Botman¹

1. Inleiding

Dit onderzoek is opgezet naar aanleiding van het feit dat het Ministerie van Infrastructuur en Milieu inzicht wil krijgen in het beleid en de (on)geschreven regels die gemeenten in Nederland hanteren bij de beoordeling van het al dan niet toelaten van detailhandel, de informatie die van de aanvrager van een vergunning om zich te vestigen wordt verlangd, de rol van het distributie planologisch onderzoek (hierna ook: dpo), de vraag of advies ingewonnen wordt van adviescommissies en de onderwerpen die naast een goede ruimtelijke ordening nog meer een rol spelen bij de besluitvorming over de aanvraag. Naar aanleiding van een tweetal gesprekken met medewerkers van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu is voor de volgende opzet gekozen.

1.1 Opzet onderzoek

Gezien het feit dat er een beperkt tijdsbestek was voor het verrichten van het onderzoek, alsmede dat voorafgaand aan een zo uitgebreide vraagstelling eerst een aantal basisvragen moeten worden beantwoord, gaat, in overeenstemming met de uitvraag, het algemene deel van het onderzoek (Deel I) primair in op het Europese wettelijk kader voor het stellen van eisen aan de vestiging van detailhandel en toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn in dit verband.² Vervolgens wordt in het tweede deel een vijftal casusposities afkomstig uit diverse gemeenten aan dit juridische kader getoetst (deel II). Deze casusposities zijn door het ministerie zelf aangeleverd en geselecteerd. Voorafgaand aan de casusposities wordt het wettelijk kader op het gebied van de Nederlandse ruimtelijke orderingsbeleid geschetst.

¹ Elies Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat te 's-Hertogenbosch. Jan Struiksma is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het ruimtelijk bestuursrecht. Marleen Botman is universitair docent aan de Vrije Universiteit Amsterdam en promoveert op de Dienstenrichtlijn. Deel I van dit advies is overwegend van haar hand.

² Dit algemene deel van het onderzoek is mede gebaseerd op artikelen en bijdragen die de auteurs eerder hebben gepubliceerd.

1.2 De onderzoeksvragen

Het algemene deel van het onderzoek ziet op de volgende twee vragen:

1. *Wat is de reikwijdte van het begrip 'dienst' in het kader van de Dienstenrichtlijn in relatie tot de vestiging van detailhandel?*

Toelichting: De reikwijdte van het begrip dienst is door het Hof van Justitie in het kader van de Dienstenrichtlijn niet uitgelegd. Ten aanzien van het begrip dienst zoals dit in het VWEU is opgenomen heeft het Hof steeds gesteld dat distributie van goederen onder het vrij verkeer van goederen valt (dat een ander regime hanteert voor vestiging van detailhandel dan de Dienstenrichtlijn). Dat zou er op wijzen dat, zoals ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft geoordeeld, de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op vestiging van winkels, zoals tuincentra en bouwmarkten.

Echter, de Europese Commissie meent in het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, dat de richtlijn wel van toepassing is op vestigingseisen aan detailhandel, een standpunt dat door meer lidstaten is overgenomen. Gelet hierop zal in de eerste plaats moeten worden gezien in hoeverre de vestiging van detailhandel als dienst of als distributie van goederen moet worden gekwalificeerd (waarbij er verschillen kunnen ontstaan tussen de diverse soorten detailhandel).

2. *In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van bepaalde vestigingseisen door de gemeente, ervan uitgaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als diensten in de zin van deze richtlijn?*

Toelichting: Bij afwezigheid van een heldere uitspraak van het Hof van Justitie over de reikwijdte van het begrip dienst in het kader van de Dienstenrichtlijn, kan op vraag 1 geen definitief antwoord worden gegeven. Om die reden stellen wij voor om -gelet op het standpunt van de Europese Commissie- uit te gaan van de (mogelijke) fictie dat de Dienstenrichtlijn inderdaad van toepassing op de vestiging van detailhandel. Mocht uit de casusposities blijken dat er sprake is van detailhandel die vanwege haar aard als dienstverrichting moet worden aangemerkt, dan is in elk geval die categorie in het onderzoek gedekt.

Bij de beantwoording van de vragen gaat het met name om de verboden belemmeringen genoemd in artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, aangezien de aandacht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu met name op deze bepaling is gericht. Dit betreft: `de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de

geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning’.

Met het oog op bovenstaande onderzoeksvragen, hebben wij de volgende activiteiten verricht:

- a. Beschrijving van het wettelijk kader dat op de maatregelen van toepassing is.
- b. Beschrijving van de jurisprudentie op basis waarvan tot de kwalificatie goed of dienst kan worden gekomen.
- c. Theoretische consequenties van de toepasselijkheid van het vrij verkeer van diensten en het vrij verkeer van goederen.
- d. Toetsen van de casusposities aan de kwalificatievraag zoals gesteld onder b.
- e. Toetsen van de casusposities aan de Dienstenrichtlijn onder aanname dat deze van toepassing is, ongeacht het antwoord op de kwalificatievraag zoals gesteld onder b.
- f. Conclusies ten aanzien van de rechtmatigheid van de getoetste maatregelen onder d en e.

1.3 Samenvatting en conclusies van Deel I en Deel II

Uit Deel I van dit onderzoek blijkt primair dat naar onze mening de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de distributie van goederen. Dit beperkt het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn in die zin dat winkels, waaronder begrepen tuincentra, hypermarkten, bouwmarkten en dergelijke, geen beroep kunnen doen op de bepalingen van de Dienstenrichtlijn en dat de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt niet op deze distributeurs van toepassing zijn.

Wel beperkt het recht van vestiging ontleend aan het Verdrag de mogelijkheden van lidstaten om eisen te stellen aan distributeurs van goederen die zich ergens willen vestigen, wanneer in de feiten van de zaak een grensoverschrijdend element een rol speelt. Distributeurs met een potentieel grensoverschrijdend belang kunnen een beroep doen op het recht van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 VWEU. Artikel 49 bevat een verbod van belemmeringen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie worden economische vestigingseisen niet getolereerd en zijn andere belemmeringen verboden, tenzij deze gerechtvaardigd kunnen worden door één van de in artikel 52 VWEU genoemde belangen dan wel door dwingende redenen van algemeen belang én geschikt en noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel. Dit doel mag niet economische regulering zijn, maar mag wel betrekking hebben op, bijvoorbeeld, eisen betreffende milieubescherming, ruimtelijke ordening, evenwichtige spreiding van gezondheidsvoorzieningen en dergelijke. Het Hof stelt aan deze rechtvaardigingsgronden wel de eis dat deze systematisch en consistent worden toegepast.

De eis van grensoverschrijding zou primair in Nederland gevestigde bedrijven die elders in Nederland een vestiging willen openen ervan weerhouden om een beroep te doen op artikel 49 VWEU. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat ook eisen die in potentie het vrij verkeer kunnen belemmeren, onder omstandigheden getoetst kunnen worden aan artikel 49 VWEU. Dit is het geval wanneer de

desbetreffende eisen in potentie ook gegadigden uit andere lidstaten kunnen treffen. Daarmee is de deur om ook in zuiver interne situaties een beroep te doen op artikel 49 VWEU enigszins opengezet.

Mocht het Hof alsnog oordelen (hoewel daarover op dit moment nog geen vraag is gesteld en de Nederlandse rechter de Dienstenrichtlijn niet van toepassing acht op de distributie van goederen) dat de Dienstenrichtlijn wel van toepassing op de distributie van goederen dan wordt de mogelijkheid van Nederlandse bedrijven om in Nederland belemmerende eisen aan te vechten aanmerkelijk groter. Dit geldt temeer als het Hof tot de conclusie komt dat hoofdstuk III van de richtlijn van toepassing is op zuiver interne situaties. Ons inziens is het zeker niet uitgesloten dat het Hof deze vraag bevestigend zal beantwoorden, nu niet in de richtlijn duidelijk is opgenomen dat het bij vestiging moet gaan om vestiging in een andere lidstaat. Bovendien gaat het Handboek van het Directoraat Generaal van de Europese Commissie ervan uit dat hoofdstuk III van toepassing is in zuiver interne situaties. In dat geval zouden ondernemingen die goederen verkopen, zoals bouwmarkten en supermarkten, net als andere dienstverleners die onder de richtlijn vallen, zich ook in de interne situatie kunnen beroepen op de richtlijnbeperkingen inzake vestiging van de Dienstenrichtlijn (hoofdstuk III). Of dit beroep inderdaad mogelijk is in een niet grensoverschrijdende situatie, is op dit moment voorwerp van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.

Ook onder de Dienstenrichtlijn geldt dat niet-economische rechtvaardigingen zijn toegestaan: lidstaten houden de mogelijkheid om in het kader van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening en milieu beperkingen te stellen. De mate waarin zij dit kunnen doen en de wijze waarop zij vooraf inzicht moeten geven in deze beperkingen is echter in de Dienstenrichtlijn aanmerkelijk nauwkeuriger omschreven dan in de op de primaire vrijheden gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie.

In deel II van dit onderzoek is onderzocht hoe de Nederlandse ruimtelijke ordeningspraktijk om in ruimtelijke plannen eisen te stellen aan de vestiging van detailhandel zich verhoudt tot het kader dat in deel I is geschetst. Daarbij is de nadruk gelegd op de vraag of er sprake is van economische criteria. Op basis van de beschrijving van de ruimtelijk ordening in Nederland en de beoordeling van bovenstaande 5 casusposities, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

- Leidend voor de vormgeving en de inrichting van ruimtelijke instrumenten op basis van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is 'een goede ruimtelijke ordening' en duurzaam gebruik van de ruimte. Naar nationaal recht moeten bij het toekennen van bestemmingen aan gronden en gebouwen economische criteria die uitsluitend concurrentiebevordering of bescherming tot doel hebben, buiten de ruimtelijke afweging worden gehouden. Dit volgt zowel uit nationale wet- en regelgeving, zoals nog eens is benadrukt in het Besluit ruimtelijke ordening, als uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In zoverre kan worden geconcludeerd dat het Nederlandse wettelijk kader nakoming van artikel 14, aanhef en onder 5, Drl moet kunnen waarborgen.

- Als we aannemen dat detailhandel niet onder de Dienstenrichtlijn valt, dan valt slechts een zeer klein gedeelte van de casusposities binnen de reikwijdte van de richtlijn. Het overige gedeelte zal met name moeten worden getoetst aan de vrijheid van vestiging onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging (van zowel ondernemingen die goederen verkopen als ondernemingen die diensten verrichten). In dat geval is het van wezenlijk belang dat er aan de maatregel of de weigering van de vergunning een tenminste potentieel grensoverschrijdend aspect is. Dit is voor een maatregel vaak gemakkelijker aan te tonen dan voor een specifieke weigering, omdat bij een maatregel ook de potentiële belemmering voor grensoverschrijdend verkeer moet worden meegenomen. Als we ervan uitgaan dat detailhandel wel een dienst in de zin van de richtlijn is, dan vallen de casusposities wel binnen de richtlijn. Met betrekking tot het verbod op economische vestigingseisen maakt dit overigens weinig verschil. Zoals uiteengezet in deel I is het verbod op economische criteria onder de richtlijn vergelijkbaar met het verbod onder artikel 49 VWEU.
- De bestemmingsplannen die op het niveau van de gemeente worden vastgesteld moeten voldoen aan de eisen in de verordeningen die op provinciaal niveau worden vastgesteld. De provincie beschikt over verschillende bevoegdheden om dit af te dwingen. Indien een gemeente bepaalde ontwikkelingen wil toestaan op het gebied van detailhandel, zijn dus niet alleen de gemeentelijke normen relevant, maar ook de provinciale. Uit de casusposities volgt dat de situatie zich regelmatig voordoet dat een gemeente een bepaalde ontwikkeling op perifere gebieden graag wil toestaan, terwijl de provincie zich hiertegen verzet. Dit kan verband houden met het feit dat de ruimtelijke gevolgen van (grootschalige) perifere detailhandel de individuele gemeente overstijgen.
- Op basis van de casusposities kan worden geconcludeerd dat in de praktijk bij het vaststellen van ruimtelijke plannen of het verlenen van een ontheffing van een bestemmingsplan of provinciale verordening veelal gebruikt wordt gemaakt van haalbaarheids- en effectenanalyses. Dit zijn economische analyses die de effecten van de komst van nieuwe detailhandel in kaart brengen. De rapporten worden in veel van de onderzochte gevallen in opdracht van de gemeente of de provincie opgesteld. In andere gevallen wordt het rapport (vrijwillig) door belanghebbenden zelf aangedragen die menen dat de nieuwe plannen voor hen nadelige financiële gevolgen zullen hebben.
- Het doel van deze economische analyse is vaak om te onderzoeken in hoeverre de ontwikkeling van het nieuwe plan zal leiden tot leegstand of nadelige effecten zal hebben op de ruimtelijke kwaliteit. Een andere belangrijke vraag is of de maatregel zal leiden tot duurzame ontwrichting. In de rapporten wordt gekeken in hoeverre met het oog op deze doelstellingen er nog marktruimte bestaat, dan wel in hoeverre er nog behoefte bestaat aan het te ontwikkelen plan. Het in kaart brengen van de economische gevolgen moet aldus gezien

worden als een middel dat moet leiden tot een goede ruimtelijke ordening en duurzaam ruimtegebruik en is geen doel op zich.

- Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat het in kaart brengen van de economische effecten uit het oogpunt van goede ruimtelijke ordening en het in kaart brengen van de economische effecten an sich, dicht naast elkaar liggen. Hiertoe is in het licht van de Europeesrechtelijke eisen van belang dat nauwkeurig wordt ingegaan op het verband tussen de economische effecten en de ruimtelijke gevolgen. In een aantal gevallen had in de rapporten (meer) aandacht moeten worden besteed aan het verband tussen de economische effecten en de ruimtelijke gevolgen die dit zal hebben. Ook volgt dit niet altijd helder uit de beleidsdocumenten of toelichtingen op bestemmingsplannen en provinciale verordeningen.
- Bij de afweging of buiten het centrum detailhandel moet worden toegestaan, spelen de argumenten van ruimtelijke kwaliteit en het voorkomen van leegstand, dan wel 'verpaupering' een belangrijke rol. Het is de vraag in hoeverre leegstand kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die een beperkend ruimtelijke voorschrift kan rechtvaardigen. Leegstand houdt immers nauw verband met het faillissement van concurrenten. Niettemin achten wij zeker niet uitgesloten dat leegstand en verpaupering als dwingende reden zou kunnen worden aangemerkt. Het is daarbij wel van belang dat goed wordt aangegeven waarom deze maatregel dan voldoet aan de evenredigheidstoets, met name het consistentievereiste.
- In één casuspositie (casuspositie 3 Hornbach in Ressen) is geconcludeerd dat sprake is van economische criteria, namelijk de vestigingsvoorwaarde dat Hornbach geen producten verkoopt die concurrenten in de binnenstad ook verkopen. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze eis voornamelijk alleen in een overeenkomst tussen de gemeente en Hornbach is neergelegd en nog niet is vormgegeven in planologische besluiten. In casuspositie 4 (vestiging van Toys 'R us in Groningen) kan sterk worden betwijfeld of er sprake is van zuiver ruimtelijke ordeningsmotieven. Er lijkt eerder sprake van economische motieven. Het gaat evenwel om een situatie die zich in 1995 voordeed en daardoor minder relevant is te achten voor het huidige toetsingskader.
- In de overige casusposities komen wij tot de conclusie dat er weliswaar onderzoek wordt gedaan naar de economische effecten, maar dat hier over het algemeen uiteindelijk ruimtelijke ordeningsmotieven aan ten grondslag liggen.
- Tot slot kan worden geconcludeerd dat bij de afweging of buiten het centrum detailhandel moet worden toegestaan, de vraag of dit in overeenstemming is met het Europese toetsingskader geen rol speelt, althans niet zichtbaar. Dit betekent dat de vraag of wordt

voldaan aan de evenredigheidstoets en de vraag of het beoogde doel op samenhangende en consistente wijze wordt nagestreefd, onderbelicht blijft.

DEEL I: HET EUROPESE WETTELIJK KADER

2. Het Europese wettelijk kader voor vestiging van detailhandel

2.1 Binnen welke grenzen kunnen wettelijke eisen worden gesteld aan vestiging van detailhandel?

Nationale eisen die worden gesteld aan de vestiging van detailhandel, zoals supermarkten, bouwmarkten en tuincentra, moeten voldoen aan de Europese eisen van het vrij verkeer. In dit verband zijn onder meer de volgende drie fundamentele verkeersvrijheden van belang; het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU), de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrij verkeer van goederen (artikel 34 VWEU). Deze verkeersvrijheden zijn reeds neergelegd in het EEG-Verdrag in 1957, dat als doel had een interne markt te creëren waarbinnen personen, diensten, goederen en kapitaal vrij kunnen bewegen. Daarnaast is ook de Europese Dienstenrichtlijn (2006/123/EG) van belang, die in 2006 is vastgesteld en die vóór 28 december 2009 in de lidstaten moest zijn geïmplementeerd.

Hieronder wordt kort uiteengezet welke Europese grenzen deze vrijheden met zich brengen voor de ruimte voor nationale wetgevende en beslissende instanties op centraal en decentraal om eisen te stellen aan de vestiging van ondernemingen in Nederland. Allereerst komen de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting, en het vrije goederenverkeer aan bod. Daarna gaan we in op de Dienstenrichtlijn. Daarbij zij opgemerkt dat het geen uitputtende uiteenzetting betreft. Wij hebben ons beperkt tot die voorwaarden die van belang zijn voor de vestiging van detailhandel en de beantwoording van de onderzoeksvragen zoals hierboven uiteengezet.

3. De vrijheid van vestiging

3.1 Inhoud en strekking

De vrijheid van vestiging is neergelegd in artikel 49 VWEU en geeft onderdanen van een lidstaat het recht om zich duurzaam in een andere lidstaat dan hun eigen lidstaat te vestigen. De vrijheid omvat in de eerste plaats het recht om werkzaamheden ‘anders dan in loondienst’ te verrichten als zelfstandig ondernemer of beroepsbeoefenaar. Daartoe behoort ook het recht om ondernemingen op te richten en te beheren. Naast dit recht van *primaire vestiging*, omvat de vrijheid van vestiging tevens het recht om in een andere lidstaat een *secundaire vestiging* op te richten, zoals agentschappen, filialen of dochterondernemingen.³ Het recht van vestiging komt zowel toe aan natuurlijke personen als aan vennootschappen die in overeenstemming zijn opgericht met de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Unie hebben (54 VWEU).

Artikel 49 VWEU verbiedt de lidstaten in de eerste plaats iedere discriminatie op grond van nationaliteit. De vestiging van een onderneming mag derhalve niet afhankelijk worden gesteld van een

³ Bijvoorbeeld zaak C-101/94 Cie/Italië, ECLI:EU:C:1996/221 (effectenbemiddelaars)

nationaliteitseis, of een eis die hier feitelijk op neerkomt. Artikel 49 VWEU verzet zich volgens vaste rechtspraak echter niet alleen tegen (indirect) discriminerende eisen, maar tegen *elke* nationale maatregel die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk kan maken. Het fundament voor deze rechtspraak is gelegd in het arrest *Gebhard*⁴ en is sindsdien vaste jurisprudentie. Daarbij is van belang dat het Hof van Justitie al vrij snel tot de conclusie komt dat een nationale maatregel de vestiging van marktdeelnemers uit een andere lidstaat ongunstig beïnvloedt en derhalve een beperking van het vrij verkeer oplevert. Het Hof kijkt in dit verband naar het effect dat de nationale regeling heeft voor de uitoefening van deze vrijheid. Dit heeft tot gevolg dat een nationale maatregel al snel binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt en moet voldoen aan de eisen die het Unierecht stelt.

Het feit dat een nationaal voorschrift een beperking vormt van de vrijheid van vestiging betekent niet dat het voorschrift per definitie ongeoorloofd is. Discriminerende maatregelen zijn op grond van artikel 52 VWEU toelaatbaar, voor zover deze gerechtvaardigd zijn met het oog op de bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.⁵ Daarnaast is in de rechtspraak van het Hof bepaald dat niet-discriminerende beperkende maatregelen gerechtvaardigd kunnen indien zij noodzakelijk zijn om een dwingende redenen van algemeen belang. Een vestigingseis kan bijvoorbeeld worden gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van de consument of het milieu, verkeersveiligheid of fraudebestrijding. Ook motieven die zien op ruimtelijke ordening kunnen een gegronde reden vormen om een beperkende maatregel te rechtvaardigen. Benadrukt dient te worden dat redenen van zuiver economische aard daarentegen nimmer een dwingende reden van belang vormen die een belemmering kunnen rechtvaardigen en voldoen aan de evenredigheidstoets.⁶ In de hieronder te bespreken arresten wordt dit nader uitgewerkt.

Het aanvoeren van een dwingende reden van algemeen belang is als zodanig niet genoeg om een beperkende maatregel te rechtvaardigen. Er moet ook zijn voldaan aan de door het Hof geformuleerde evenredigheidstoets, oftewel de '*rule of reason*'. Deze toets houdt in dat de maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen (vereiste van geschiktheid) en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel (vereiste van evenredigheid).⁷ Van belang is dat het Hof van Justitie in het kader van de geschiktheid van een regeling een nieuw criterium heeft toegevoegd. Volgens het Hof is een regeling slechts geschikt om de beoogde doelstelling te realiseren,

⁴ Zaak C-55/94, *Gebhard*. ECLI:EU:C:1995:411, r.o. 37, *NJ* 1997, 53; zaak C-442/02, *Caixabank France*, ECLI:EU:C:2004:586; C-390/99, *Canal Satélite*, ECLI:EU:C:2002:34, r.o. 18; zaak C-570/07 en C-571/07, *Perez en Gomez*, ECLI:EU:C:2010:300, r.o. 54.

⁵ Bijvoorbeeld zaak C-546/07, *Commissie/Duitsland*, ECLI:EU:C:2010:25.

⁶ Vaste rechtspraak zaak 352/85, *Bond van Adverteerders*, ECLI:EU:C:1988:196.

⁷ Vaste rechtspraak, zaak C-76/90, *Sager*, ECLI:EU:C:1991:331, r.o. 25; Gevoegde zaken C-357/10, C-358/10 en C-359/10, *Duomo*, ECLI:EU:C:2012:283; C-176/11, *HIT Hoteli*, ECLI:EU:C:2012:454.

wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.⁸ In verschillende zaken kwam het Hof reeds tot de conclusie dat aan dit vereiste niet werd voldaan, nu er geen sprake was van een systematisch en samenhangend beleid.⁹ Dit betekent dat indien een gemeente- of provinciebestuur besluit tot invoering van een vestigingseis met het oog op een bepaalde dwingende reden van algemeen belang, het erop alert moet zijn dat het niet tegelijkertijd maatregelen neemt die tegen dit belang ingaan. Ook dit wordt in de hieronder te bespreken arresten nader geconcretiseerd.

Van belang is voorts om te benadrukken dat de mogelijkheid om een maatregel te rechtvaardigen met een beroep op artikel 49 VWEU uitsluitend mogelijk is indien de betreffende materie niet volledig is geharmoniseerd op Europees niveau.¹⁰ Op grond van de zogeheten *Tedeschi*-rechtspraak, naar het gelijknamige *Tedeschi*- arrest, dient een nationale maatregel in geval van harmonisatie namelijk te worden getoetst aan de bepalingen van de harmonisatiemaatregel en niet aan de bepalingen van het primaire recht.¹¹ In het kader van de onderzoeksvraag betekent dit concreet dat als een (potentiële) maatregel onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt, deze maatregel aan de bepalingen van de Dienstenrichtlijn moet worden getoetst en niet aan artikel 49 VWEU.

Tenslotte is van belang om op te merken dat niet elke nationale maatregel een beperking van het vrij verkeer vormt. Indien het effect van een nationale maatregel op het vrij verkeer te onzeker of te indirect is om te kunnen concluderen dat dit de intracommunautaire handel belemmert, is er geen beperking.¹² Daarnaast vormt een maatregel geen belemmering vanwege het enkele feit dat andere lidstaten minder rigoureuze of economisch gunstiger regels toepassing op verrichters van soortgelijke diensten die op hun grondgebied zijn gevestigd.¹³ Het bestaan van een beperking kan dus niet worden afgeleid uit het enkele feit dat dienstverrichters zich naar de regels van een andere lidstaat moeten voegen.¹⁴ Indien een maatregel geen beperking van het vrij verkeer vormt, hoeft het evenmin aan deze regels te worden getoetst.

⁸ Zie bijvoorbeeld zaak C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:2009:141; zaak C-153/08, *Commissie/Spanje*, ECLI:EU:C:2009:618; zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, ECLI:EU:C:2009:709. Zie hierover G. Mathisen, 'Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement', *Common Market Law review* 2010/7, p. 1021-1048; Vgl. Conclusie AG Poiares Maduro 30 september 2009, inzake C-570/07 (*Perez*) en C-571/07 (*Gomez*), ECLI:EU:C:2009:587.

⁹ Zaak C-500/06, *Dermoestetica*, ECLI:EU:C:2008:421.

¹⁰ Zaak 06/77, *Tedeschi/Denkavit*, ECLI:EU:C:1977:144; vgl. zaak 205/84, *Commissie/Duitsland*, ECLI:EU:C:1986:364; zaak C-353/89, *Commissie/Nederland*, ECLI:EU:C:1991:325.

¹¹ Zaak C-322/01, *Docmorris*, ECLI:EU:C:2003:664; C-265/12, *Citroen Belux*, ECLI:EU:C:2013:498.

¹² Bijvoorbeeld zaak C-379/92, *Peralta*, ECLI:EU:C:1994:; r.o. 24; zaak C-438/04, *Mobistar*, ECLI:EU:C:1994:2006:463; zaak C-291/09, *Guarnieri*, ECLI:EU:C:2011:217, r.o. 17; C0565/08, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:2011:188; zaak C-148/10, *DHL International*, ECLI:EU:C:2011:351.

¹³ Zaak C-565/08, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:2011:188, r.o. 49 en zaak C-602/10, *Volksbank Romania*, ECLI:EU:C:2012:443, r.o. 74; zaak C-518/05, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:2009:270, r.o. 63 (contracteerplicht).

¹⁴ Bijvoorbeeld C-565/08, *Commissie/Italië*, ECLI:EU:C:2011:188, r.o. 63.

Kortom, een nationaal voorschrift dat een belemmering oplevert voor de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd indien de maatregel noodzakelijk is om een dwingende reden van algemeen belang te verzekeren en bovendien is voldaan aan de evenredigheidstoets.

3.2 (Economische) vestigingseisen en de rechtspraak van het Hof van Justitie

Om het bovenstaande Europese toetsingskader nader te concretiseren in het licht van de onderzoeksvraag, bespreken we hieronder een aantal vestigingseisen die aan de orde zijn gekomen in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Daarbij is in het bijzonder aandacht voor de vraag wanneer er in de ogen van het Hof sprake is van zuiver economische criteria. Het onderzoek ziet immers met name op het bepaalde in artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn dat economische tests verbiedt.

▪ *Vestigingseisen met betrekking tot de ligging en omvang van een winkel*

In de zaak *Commissie/Spanje*¹⁵ had de Commissie zich op het standpunt gesteld dat Spaanse voorschriften voor de vestiging van grote winkelbedrijven in Catalonië niet verenigbaar waren met de vrijheid van vestiging. Volgens de Commissie was de werkelijke bedoeling de kleine handelaren te beschermen.

Het ging hier in de eerste plaats om de regeling die zag op de ligging en de omvang van de grote winkelbedrijven, zoals hypermarkten (r.o. 77-85). Op grond van het nationale recht gold er een verbod voor grote winkelbedrijven om zich te vestigen buiten de bebouwde kom van een enkele gemeenten. Daarnaast golden omvangslijmieten voor nieuwe hypermarkten en uitbreidingen hiervan. Zo waren in het ruimtelijke ordeningsplan inzake commerciële voorzieningen (het “PTSEC”) maximale vloeroppervlakten vastgelegd waarvoor in een bepaalde tijdseenheid een vergunning kon worden afgegeven. Het Hof stelde vast dat door deze regeling zowel de ligging als de omvang van de hypermarkten werd beperkt.

Volgens Spanje werden met deze bepalingen doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming nagestreefd. Door de vestiging van grote winkelbedrijven te beperken tot gebieden met hoge bevolkingsconcentraties, waar de vraag het grootst is, en beperkingen te stellen aan de omvang van winkelbedrijven in dunner bevolkte gebieden, beoogde de regeling vervuilende autoritten te vermijden, stedelijk verval tegen te gaan, een milieuvriendelijk stedelijk model te behouden, het bouwen van nieuwe wegen te voorkomen en de bereikbaarheid met het openbaar vervoer te waarborgen.

¹⁵ Zaak C-400/08, *Commissie/Spanje*, ECLI:EU:C:2011:172.

Het Hof oordeelde dat de beperkingen met betrekking tot de ligging en omvang van de hypermarkten inderdaad geschikt zijn om de door Spanje aangevoerde doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken. Echter, in de regeling waren nadere specifieke bepalingen opgenomen die, in hun geheel bezien, een aanzienlijke invloed hadden op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen in Catalonië. De oprichting en de uitbreiding van een hypermarkt was uitgesloten in gebieden waar voor 2009 overaanbod werd verwacht. Dit gold voor 37 van de 41 gebieden in Catalonië. In de overige vier gebieden mocht de hypermarktgroei voor 2009 niet meer dan 9% van de geraamde uitgaven voor supermarktartikelen en 7% van de geraamde uitgaven voor huiswarenartikelen vertegenwoordigen. Tenslotte bleek dat voor de vier gebieden de maximale oppervlakte was beperkt tot 23 667 m², verdeeld over zes gemeenten. In verband met deze aanzienlijke beperking oordeelde het Hof dat Spanje met nadere gegevens en analyses moest onderbouwen waarom de beperking van de ligging en de omvang geschikt was om de beoogde doelstellingen te onderbouwen. Bij het ontbreken van dergelijke gegevens, waren de beperkingen ongerechtvaardigd.

Kortom, hoewel met het oog op de ruimtelijke ordening en milieubescherming wel beperkingen mogen worden gesteld aan het gebied waar een winkel zich vestigt en de omvang van de vloeroppervlakte van de winkel, moet de regeling daadwerkelijk evenredig zijn, dat wil zeggen geschikt zijn om de beoogde doelstelling te bereiken. Als het gaat om zeer specifieke regels, zoals een bepaald marktaandeel dat de winkel maximaal mag vertegenwoordigen, wordt verlangd dat dit ook zeer nauwkeurig wordt onderbouwd.

▪ *Bedrijfsvergunning en verplichting tot rapport waarin marktaandeel wordt beoordeeld*

De tweede vestigingseis in de zaak *Commissie/Spanje* betrof de specifieke bedrijfsvergunning die vereist was voor de opening van een groot winkelbedrijf (r.o. 87-99). Voor de afgifte van deze vergunning diende op grond van de Spaanse regeling rekening te worden gehouden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële structuur van dat gebied. In dit verband moest tevens een rapport worden opgesteld waarin het marktaandeel van de betrokken onderneming op de relevante markt werd beoordeeld. Dit rapport was bindend wanneer het negatief was en moest negatief zijn indien de vestigingsdichtheid groter was dan het maximale marktaandeel dat voor dat jaar was vastgesteld voor de betreffende economische sector. Volgens Spanje werden met deze bepalingen doelstellingen van milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming nagestreefd, waarbij het voor de consumentenbescherming de bedoeling is een efficiëntere mededinging te verzekeren wat prijs, kwaliteit en keuze betreft. Volgens de Europese Commissie streven de bepalingen zuiver economische doelstellingen na, aangezien zij zijn bedoeld om kleine buurtwinkels te beschermen.

Ten aanzien van de vergunningsplicht oordeelde het Hof dat hier weliswaar sprake was van een beperking, maar dat de invoering van preventieve, en dus voorafgaande maatregelen, in deze context geschikt was om de doelstelling van milieubescherming en ruimtelijke ordening te verwezenlijken.

Vaststelling van maatregelen a posteriori, indien blijkt dat de vestiging van een reeds gebouwd winkelbedrijf negatieve gevolgen heeft voor het milieu of de ruimtelijke ordening, is minder efficiënt en duurder dan een stelsel van voorafgaande vergunning en kan volgens het Hof als zodanig worden gerechtvaardigd met het oog op doelstelling van ruimtelijke ordening, of milieubescherming. De Commissie had niet aangegeven in welk opzicht met dit vereiste een zuiver economische doelstelling zou worden nagestreefd.

Het Hof oordeelde anders ten aanzien van de verplichting om voor de afgifte van een dergelijke vergunning rekening te houden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van de nieuwe vestiging op de commerciële structuur van dat gebied. Deze verplichting heeft betrekking op de gevolgen voor de bestaande handel en structuur van de markt, en niet op consumentenbescherming. Het Hof ging dus niet met in het betoog van Spanje dat dit verband hield met consumentenbescherming, waarbij het de bedoeling is voor de consumenten een efficiëntere mededinging te verzekeren wat prijs, kwaliteit en keuze betreft.

Ditzelfde gold voor de verplichting om voor de afgifte van de vergunning een rapport op te laten stellen over de vestigingsdichtheid (het marktaandeel), dat bindend was wanneer het negatief was en negatief moest zijn wanneer de vestigingsdichtheid groter was dan de hiervoor vastgestelde waarde voor het betreffende jaar (r.o. 95-99). Deze bepalingen houden, aldus het Hof, in dat maxima voor de vestigingsdichtheid worden gesteld en het effect op de bestaande detailhandel wordt toegepast, waarboven geen grote winkelbedrijven meer mogen worden geopend. Dergelijke overwegingen zijn zuiver economisch en kunnen geen dwingende reden van algemeen belang vormen.

Uit het arrest *Commissie/Spanje* kunnen de volgende lessen worden getrokken.

Met het oog op de ruimtelijke ordening en milieubescherming mogen beperkingen worden gesteld aan het gebied waar een winkel zich vestigt en de omvang van de winkel. Voorwaarde is wel dat het voorschrift voldoet aan de evenredigheidstoets, dat wil zeggen geschikt is om de beoogde doelstelling te bereiken en niet verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken. Als het gaat om zeer specifieke regels dient dit ook nauwkeurig en met nadere analyses te worden onderbouwd. Dit geldt bijvoorbeeld als met het oog op genoemde doelstellingen een maximum wordt gesteld aan de omvang van het aanbod dat de winkel vertegenwoordigt binnen het gebied.

Voorts kan uit het arrest worden afgeleid dat een vergunningseis voor een nieuwe vestiging gerechtvaardigd kan zijn met het oog op ruimtelijke ordening en de bescherming van het milieu. Het is echter risicovol de afgifte van een vergunning afhankelijk te stellen van de impact van een nieuwe vestiging op de bestaande winkels. Ditzelfde geldt voor het laten opstellen van een rapportage waaruit dit blijkt. Deze eisen kunnen in ieder geval niet worden gerechtvaardigd als zij in feite betrekking hebben op de gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt. In dat geval gaat het immers om economische criteria die niet geoorloofd zijn. Ditzelfde geldt voor bepalingen die een maximum marktaandeel bepalen.

▪ *Geografische vestigingseisen (minimumafstanden)*

In het arrest *Attanasio*¹⁶ ging het om geografische vestigingseisen voor de bouw en exploitatie van tankstations. De opening van nieuwe tankstations langs autowegen werd daarbij afhankelijk gesteld van de naleving van minimumafstanden tot andere stations, namelijk drie kilometer. Volgens het Hof betrof dit een beperking van de vrijheid van vestiging, te meer de regeling alleen van toepassing is op nieuwe stations en niet op de stations die bestonden voor de inwerkingtreding ervan. De regeling kon immers, door reeds op het Italiaanse grondgebied aanwezige ondernemers te begunstigen, marktdeelnemers uit andere lidstaten afschrikken en zelfs hun toegang tot de Italiaanse markt verhinderen (naar analogie C-518/06, Commissie/Italië, ECLI:EU:C:2009:270, r.o 62-64 en 70-71).

De verwijzende Italiaanse rechter had doelstellingen van verkeersveiligheid, bescherming van de gezondheid en van het milieu en 'rationalisatie van de aan de gebruikers verleende dienst', genoemd die in aanmerking zouden kunnen komen voor rechtvaardiging van de regeling. Hoewel volgens het Hof zowel de doelstelling van verkeersveiligheid als van de bescherming van gezondheid en van het milieu konden worden aanvaard, voldeed de regeling niet aan de eis dat de verwezenlijking van een doelstelling werkelijk coherent en systematisch moet worden nagestreefd. De regeling gold namelijk alleen voor de bouw van nieuwe tankstations en niet voor de reeds bestaande. Bovendien bleek uit de vaststellingen van de verwijzende rechter zelf dat de doelstellingen beter zouden kunnen worden bereikt indien de precieze situatie van elk gepland station afzonderlijk werd bekeken in het kader van de controles die een gemeente moest verrichten bij een vergunningsverzoek voor de opening van een nieuw tankstation. Deze controles hadden met name betrekking op de overeenstemming met het bestemmingsplan en met de veiligheidsvoorschriften op het gebied van gezondheid, milieu en wegverkeer. Onder die omstandigheden leek de invoering van minimumafstanden verder te gaan dan nodig was om de nagestreefte doelstellingen te bereiken (r.o. 54).

Betreffende de doelstelling van 'rationalisatie van de ten behoeve van de gebruikers verrichte dienst' herinnerde het Hof er aan dat redenen van economische aard geen dwingende redenen van algemeen belang kunnen vormen die een belemmering van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid rechtvaardigen. Voor zover deze dwingende reden van algemeen belang verband houdt met consumentenbescherming en niet als een reden van zuiver economische aard, is volgens het Hof moeilijk in te zien hoe deze regeling geschikt is om de consumenten te beschermen of hun voordelen te verschaffen. Integendeel, de regeling lijkt eerder de positie van de op het Italiaanse grondgebied reeds aanwezige ondernemers te versterken, zonder dat de consumenten er echt voordeel uithalen. Hoe dan ook ging deze regeling verder dat wat noodzakelijk is om een eventuele doelstelling van consumentenbescherming te bereiken.

Het arrest *Attanasio* laat wederom zien dat vestigingseisen, in dit geval minimumafstanden, kunnen worden gerechtvaardigd met het oog op verkeersveiligheid, bescherming van het milieu of de

¹⁶ Zaak C-384/08, *Attanasio*, ECLI:EU:C:2010:133.

gezondheid, maar dat deze evenredig moeten zijn en in het bijzonder dat moet zijn voldaan aan het consistentievereiste. Net als in bovenbedoeld arrest *Commissie/Spanje*, blijkt ook nu dat consumentenbescherming weliswaar kan worden aangevoerd om vestigingseisen te rechtvaardigen, maar dat wel goed moet worden onderbouwd waarom de maatregel daadwerkelijk in het belang van de consument is. Bij gebrek aan deze onderbouwing neemt het Hof snel aan dat sprake is van economische vestigingscriteria.

▪ *Vestiging afhankelijk van sociale of economische behoeften (marktvraag)*

In een aantal arresten is geoordeeld over de vraag of de vergunningverlening afhankelijk mag worden gesteld van de vraag of hieraan behoefte bestaat. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat een nationale regeling die de uitoefening van een activiteit afhankelijk stelt van een voorwaarde die aanknoopt bij economische of sociale behoeften aan deze activiteit, een belemmering vormt, aangezien zij ertoe strekt het aantal dienstverrichters te beperken. Bijvoorbeeld in de zaak *Commissie/Frankrijk*, waarin de afgifte van een vergunning voor artiestenbemiddelaar afhankelijk werd gesteld van de vraag of hieraan behoefte was.¹⁷

In het arrest *Hartlauer* kon de vergunning voor de vestiging van een zelfstandige tandheelkundige polikliniek slechts worden verleend “wanneer er een behoefte bestaat” aan een nieuwe kliniek, gelet op het reeds bestaande aanbod.¹⁸ Oostenrijk stelde dat deze regeling als doelstelling had een kwalitatief hoogstaande evenwichtige en voor ieder toegankelijke medische zorg te handhaven en een risico van ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsels te voorkomen. Volgens het Hof staat dit de lidstaten vrij, mits wordt voldaan aan de evenredigheidstoets. Om twee redenen voldeed de Oostenrijkse regeling hieraan niet.

In de eerste plaats voldeed de regeling niet aan de eis dat de doelstellingen coherent en systematisch werden nagestreefd; in tegenstelling tot de zelfstandige poliklinieken, werd de oprichting van een nieuwe tandheelkundige groepspraktijk niet afhankelijk gesteld van voorafgaande vergunning en een behoeftetoets.

In de tweede plaats bleek dat de verschillende deelstaten de behoeftetoets aan de hand van verschillende criteria uitvoerden. In de ene deelstaat werd de behoefte beoordeeld op basis van het aantal patiënten in het te bedienen gebied, terwijl een andere deelstaat keek naar de duur van de wachttijd voor een afspraak bij een tandarts. Daarbij werd bovendien gebruik gemaakt van de informatie van de tandartsen in het gebied waar de polikliniek zich wilde vestigen. Een dergelijke methode kan, aldus het Hof, de objectiviteit en de onpartijdigheid van de behandeling van de betrokken aanvraag aantasten. Het vergunningstelsel berustte niet op een voorwaarde die de uitoefening door de nationale instanties van hun beoordelingsbevoegdheid afdoende kon begrenzen.

¹⁷ Zaak C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, ECLI:EU:C:2006:401, r.o.29, zie ook zaak C-63/99, *Gloszczuk*, ECLI:EU:C:2001:488, r.o. 59

¹⁸ Zaak C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141.

De Oostenrijkse regeling was om deze twee redenen niet geschikt om de vestigingseis voor poliklinieken te rechtvaardigen. In dit verband is van belang dat de verschillende nationale instanties aan de hand van dezelfde criteria beoordelen of aan een in de wet opgenomen vergunningsvoorwaarde is voldaan.¹⁹

In een reeks aan arresten heeft het Hof geoordeeld dat de vestiging van nieuwe apotheken afhankelijk mag worden gesteld van bepaalde vestigingseisen teneinde een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen. In het arrest *Sokoll-Seebacher* bijvoorbeeld werd de vestiging van een nieuwe apotheek slechts verleend indien hieraan “behoefte” was.²⁰ Daarbij was van belang dat de behoefte werd verondersteld te bestaan, tenzij zich omstandigheden voordeden zoals die nader waren gespecificeerd in de wettelijke regeling. De verschillende kandidaten die een nieuwe apotheek wensten te openen, hoefden dus niet aan te tonen dat daar inderdaad behoefte aan was. Het Hof concludeerde op basis hiervan dat de nationale regeling berustte op objectieve en vooraf bekende niet-discriminerende criteria, op grond waarvan voldoende duidelijke grenzen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid waarover de bevoegde nationale autoriteiten dienen te beschikken. Ook hier strandde de regeling echter op het vereiste van consistentie. Oostenrijk hanteerde bij de beoordeling van de vraag of er een behoefte bestond een strikte ondergrens van 5500 personen per gebied. Ondanks dat daarbij geen rekening werd gehouden met passanten, hadden de nationale bevoegde autoriteiten geen bevoegdheid hiervan af te wijken om rekening te houden met lokale bijzonderheden. Dit maakte dat artikel 49 VWEU zich volgens het Hof verzette tegen een dergelijke regeling.

Bovenstaande rechtspraak maakt duidelijk dat voor het antwoord op de vraag of de vestiging van een winkel afhankelijk mag worden gesteld van de vraag of hieraan behoefte is, met name van belang is of deze eis een geschikt middel is om het beoogde doel te bereiken. In dit verband is essentieel dat de beoogde doelstelling coherent en systematisch wordt nagestreefd.

▪ *Vestigingseisen die verband houden met bevolkingsdichtheid*

In de reeks aan arresten die ziet op de vestiging van apotheken kwamen ook geografische vestigingseisen aan de orde, al dan niet in combinatie met minimumafstanden. In het arrest *Perez en Gomez* bijvoorbeeld werd de vestiging van een apotheek onder meer afhankelijk gesteld van het aantal inwoners per gebied (de standaardnorm is één apotheek per 2800 inwoners). Een dergelijke beperking kan geoorloofd zijn met oog op het doel om een kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening te waarborgen. Doordat apothekers zich niet mogen vestigen in gebieden waar al voldoende apotheken zijn, worden zij namelijk aangemoedigd om zich te vestigen in gebieden met te weinig apotheken. Net als in het arrest *Sokoll-Seebacher* gooit ook nu het consistentievereiste roet in het eten, omdat de regeling vrij strikt is en geen ruimte biedt om in bijzondere omstandigheden

¹⁹ Zaak C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 66 e.v. ; zaak C-470/11, Garkalns, ECLI:EU:C:2012:505, AB 2012, 321 m.nt. Drahmman, r.o. 44; C-367/12, Sokoll-Seebacher, ECLI:EU:C:2014:68.

²⁰ Zaak C-367/12, Sokoll-Seebacher, ECLI:EU:C:2014:68.

hiervan af te wijken. De uniforme toepassing op het volledige grondgebied van een nationale regeling voor de opening van een nieuwe apotheek gestelde voorwaarden inzake bevolkingsdichtheid en minimale afstand tussen de apotheken, draagt namelijk in bepaalde omstandigheden het risico in zich dat in gebieden met bijzondere demografische kenmerken geen adequate toegang tot farmaceutische zorg wordt gewaarborgd. Zo moet op basis van de voorwaarden ook op het platteland ervoor worden gezorgd dat de bevolking binnen een redelijke afstand een apotheek kan vinden.²¹

3.3 De gevolgen van de rechtspraak van het Hof voor Nederlandse vestigingseisen

Het voorgaande maakt duidelijk dat het aanwijzen van bepaalde gebieden voor de vestiging van detailhandel in nationale (ruimtelijke) voorschriften, zoals bestemmingsplannen of provinciale verordeningen, gerechtvaardigd kan zijn om redenen van ruimtelijke ordening en milieubescherming. Ditzelfde geldt voor het maximeren van de omvang van een winkel of een aantal winkels (brancheringseisen), waarbij het vloeroppervlakte wordt beperkt door het aantal m². Het is daarbij wel essentieel dat deze eisen voldoen aan de evenredigheidstoets, dat wil zeggen dat zij daadwerkelijk bijdragen aan het bereiken van de beoogde doelstelling en niet verder gaan dan noodzakelijk is. Naarmate de beperkingen grotere gevolgen hebben voor de vrijheid van vestiging, wordt van de lidstaat een nadere onderbouwing verlangd.

Ook het verplicht stellen van een vergunning vormt weliswaar een beperking van de vrijheid van vestiging, maar kan worden gerechtvaardigd met het oog op genoemde doelstellingen. Grote voorzichtigheid is geboden om bij de afgifte van de vergunning rekening te houden met de reeds bestaande winkels, aangezien dit wijst in de richting van een economisch criterium. Het verlangen van een distributieplanologisch onderzoek kan risicovol zijn. In het arrest *Commissie/Spanje* werd het laten opstellen van een rapportage in combinatie met het stellen van een maximum marktaandeel van de betreffende sector, onherroepelijk als economische eis aangemerkt. In het arrest *Attanasio* oordeelde het Hof analoog ten aanzien minimumafstanden. In beide gevallen was onder meer consumentenbescherming aangevoerd ter rechtvaardiging van deze eisen.

De Nederlandse situatie verschilt echter op een aantal belangrijke punten van de Spaanse. Anders dan in Spanje is uitdrukkelijk in de nationale regelingen opgenomen dat er geen economische criteria mogen worden gesteld. Bovendien was de Spaanse zaak niet beargumenteerd dat de maatregel noodzakelijk was om 'duurzame ontvruchting' te voorkomen, met andere woorden om de eerste levensbehoeften toegankelijk te maken voor de burgers (zie paragraaf 11).

Onder omstandigheden kan de vestiging van een onderneming afhankelijk worden gesteld van de vraag of hieraan behoefte is, oftewel marktvraag bestaat. De naleving van de vereisten van coherentie en consistentie zijn daarbij van essentieel belang. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze

²¹ Gev. Zaken C-570/07 en C-571/07, Perez en Gomez, ECLI:EU:C:2010:300, AB 2010/272 m.nt. Botman.

mogelijkheid in de rechtspraak van het Hof tot uitdrukking is gekomen bij de vestiging van apotheken en een tandartspraktijk en met het oog op een hoogstaande geneesmiddelenvoorziening en evenwicht in het sociale stelsel. Het is dan ook de vraag in hoeverre deze argumentatie ook kan worden toegepast op andere vormen van detailhandel, zoals bouwmarkten.

4. Het vrij verkeer van diensten

Daar waar de vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU ziet op duurzame vestiging van een onderneming, ziet het vrije dienstenverkeer zoals neergelegd in artikel 56 VWEU op *tijdelijke* dienstverlening nu deze dienstverrichting niet permanent in de lidstaat plaatsvindt.²² Het artikel omvat het recht voor een dienstverrichter om binnen de Unie ongehinderd tijdelijk dienstverrichtingen te verstrekken in een andere lidstaat dan zijn eigen lidstaat. Voor de uitoefening van het tijdelijke dienstenverkeer is vereist dat sprake is van een dienstverrichting in de zin van artikel 57 VWEU, dat wil zeggen een economische activiteit die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Bij de uitoefening van de vrijheid van vestiging is dit geen vereiste, zij het dat aangenomen wordt dat deze vrijheid wel op economisch actieven betrekking heeft.

Het vrij verkeer van diensten vertoont veel gelijkenissen met de vrijheid van vestiging. Net als artikel 49 VWEU, verbiedt artikel 56 VWEU in de eerste plaats afschaffing van iedere discriminatie van een dienstverrichter op grond van nationaliteit. Hieronder valt zowel directe als indirecte discriminatie. Daarnaast verlangt het artikel volgens vaste rechtspraak tevens de opheffing van iedere maatregel, ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten, die de uitoefening van deze vrijheid kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken.²³

Het onderzoek richt zich op de vraag in hoeverre vestigingseisen kunnen worden gesteld voor detailhandel. Dergelijke vestigingseisen hebben logischerwijs geen betrekking op *tijdelijke* dienstverlening. Een voorschrift dat uitsluitend ziet op tijdelijke dienstverlening hoeft met andere woorden niet te worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Met het oog hierop dient te worden vastgesteld wanneer kan worden gesproken van ‘vestiging’ van een onderneming en wanneer van ‘tijdelijke dienstverlening’. Dit geldt temeer omdat een onderneming uitsluitend een beroep kan doen op de vrijheid van vestiging indien hij van deze vrijheid daadwerkelijk gebruik maakt. Zo komt aan een dienstverlener die uitsluitend tijdelijk diensten verricht, geen beroep toe op de vrijheid van vestiging. Dit betekent dat in die situatie niet aan de vrijheid van vestiging hoeft te worden getoetst. Zoals hieronder zal blijken is ook in het kader van de Dienstenrichtlijn de afbakening van deze twee vrijheden van wezenlijk belang, omdat voor beide vrijheden een ander wettelijk kader geldt. In paragraaf 5 wordt daarom ingegaan op de afbakening van de werkingssfeer van beide vrijheden.

²² Zie voor het onderscheid hiertussen paragraaf 5.

²³ Zaak C-76/90, Säger vs Dennemeyer, ECLI:EU:C:1991:331.

5. Het onderscheid tussen vestiging (49 VWEU) en tijdelijke dienstverlening (56 VWEU)

In voorgaande paragraaf is geconcludeerd dat het onderscheid tussen tijdelijke dienstverlening en vestiging van een onderneming van belang is voor de vraag aan welke vrijheid een nationale maatregel moet worden getoetst en in de tweede plaats voor de vraag op welke vrijheid een onderneming zich in een concreet geval kan beroepen. In de rechtspraak is de afbakening tussen deze vrijheden reeds een aantal keer aan de orde geweest.

Uit het arrest *Gebhard*²⁴ volgt dat sprake is van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU indien een marktdeelnemer op *duurzame wijze* diensten aanbiedt vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming.²⁵ Als een dienstverrichter daarentegen zijn werkzaamheden *tijdelijk* uitoefent, is er sprake van een dienstverrichting als bedoeld in artikel 57 VWEU. De duurzaamheid van een activiteit is dus het doorslaggevende element om vestiging van een tijdelijke dienstverrichting te onderscheiden; alle diensten die niet op duurzame wijze vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming worden aangeboden, zijn dienstverrichtingen als bedoeld in artikel 57 VWEU.²⁶

Voor het antwoord op de vraag of zich tijdelijke, niet-duurzame dienstverrichting voordoet, dient blijkens de rechtspraak vooral te worden gekeken naar de wijze waarop de marktdeelnemer is georganiseerd. Beoordeeld dient te worden of de ondernemer beschikt over een infrastructuur die hem in staat stelt op duurzame wijze zijn beroepsactiviteit uit te oefenen en zich vanuit die infrastructuur te richten tot onder andere de onderdanen van die lidstaat.²⁷ In het arrest *Attanasio* bijvoorbeeld stelde het Hof eenvoudig vast dat de bouw van tankstations langs autowegen vestiging betreft, aangezien de bouw van tankstations noodzakelijkerwijs de toegang tot een andere lidstaat impliceert die moet leiden tot een stabiele en duurzame deelneming aan het economisch leven aldaar.²⁸ Deze beoordeling is echter niet altijd zo eenvoudig. Volgens het Hof van Justitie sluit het tijdelijke karakter van een dienst namelijk niet uit dat een dienstverrichter in de lidstaat van ontvangst beschikt over een zekere infrastructuur, bijvoorbeeld een kantoor, wanneer dit noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten.²⁹ Met andere woorden, het feit dat een dienstverrichter over een kantoor beschikt hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat er sprake is van vestiging.

Om te bepalen er sprake is van een tijdelijke, niet-duurzame activiteit is de duur of de frequentie van de dienstverlening niet van belang. In *Schnitzer* oordeelde het Hof dat tijdelijke dienstverlening tevens betrekking kan hebben op diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren wordt verricht, bijvoorbeeld wanneer het gaat om diensten in het kader van de oprichting van een groot

²⁴ Zaak C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411.

²⁵ Gevoegde zaken C-357/20 tot C-359/10, *Duomo*, ECLI:EU:C:2012:283.

²⁶ Zaak C-131/01, *Cie/Italië*, ECLI:EU:C:2003:96, r.o. 23; Gevoegde zaken C-357/20 tot C-359/10, *Duomo*, ECLI:EU:C:2012:283.

²⁷ Zaak C-215/01, *Schnitzer*, ECLI:EU:C:2003:662, r.o. 32.

²⁸ Zaak C-384/08, *Attanasio*, ECLI:EU:C:2010:133.

²⁹ Zaak C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:E:1995:411, r.o. 27.

gebouw, of om adviesverlening of informatieverstrekking tegen betaling.³⁰ Dit is inmiddels vaste jurisprudentie.³¹

Bovenstaande rechtspraak maakt duidelijk dat aan de hand van genoemde handvatten van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of in een concreet geval sprake is van vestiging of tijdelijke dienstverlening, met andere woorden of aan de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten moet worden getoetst. In het kader van de Dienstenrichtlijn wordt aldus antwoord gegeven of de situatie moet worden beoordeeld in het licht van hoofdstuk III (vrijheid van vestiging) of hoofdstuk IV (tijdelijke dienstverlening).

6. Vrij verkeer van goederen

6.1 Inhoud en strekking

In artikel 34 VWEU is het vrij verkeer van goederen neergelegd. Het gaat om het verbod van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking. Het verbod is met de Dassonvilleformule ingevuld,³² nu dit arrest niet alleen feitelijke maar ook potentiële im- en exportbelemmeringen binnen de werkingssfeer van het huidige artikel 34 VWEU bracht. Dat dit standpunt in het arrest *Cassis de Dijon*³³ waarin de *rule of reason* werd geïntroduceerd, werd genuanceerd maakte niet werkelijk uit.³⁴

Voor dit onderzoek zijn twee vragen relevant namelijk in de eerste plaats of een product een 'goed' is in de zin van artikel 34 van het VWEU en in de tweede plaats of de distributie van die goederen belemmerd wordt of niet. Hieronder wordt op deze aspecten ingegaan.

6.2 Het onderscheid tussen een goed en een dienstverrichting

In het VWEU wordt geen definitie gegeven van het begrip 'goed'. Onder 'goed' wordt in ieder geval begrepen een fysiek product, een materieel voorwerp dat kan worden opgeslagen en vervoerd.³⁵ Diensten zijn daarentegen 'onstoffelijk'. Dit maakt dat de persoon en de kwaliteiten van de dienstverlener nauw verband houden met het verlenen van de dienst zelf.

³⁰ Zaak C-215/01, Schnitzer, ECLI:EU:C:2003:662, r.o. 30 en 31.

³¹ Zaak C-171/02, Commissie/Portugal, ECLI:EU:C:2004:270; gevoegde zaken C-357/20 tot C-359/10, Duomo, ECLI:EU:C:2012:283.

³² Zaak 8/74, Dassonville, ECLI:EU:C:1974:82.

³³ Zaak 120/78, Cassin de Dijon, ECLI:EU:C:1979:42.

³⁴ Zaak C-448/98, Guimont, ECLI:EU:C:2000:663.

³⁵ Gevoegde zaken 60 en 61/84, Cinéthèque, ECLI:EU:C:1985:329; Idem ten aanzien van het drukken van kranten zaak 18/84, ECLI:EU:C:1985:175; zaak C-2/90, Commissie/België, ECLI:EU:C:1992:310.; zaak C-2/90, Commissie/België, ECLI:EU:C:1992:310.

In de rechtspraak van het Hof wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen de verkoop van een goed en het leveren van een dienst; een economische activiteit wordt nooit tegelijkertijd als een goed én een dienstverrichting gekwalificeerd. Indien er sprake is van een combinatie van het leveren van een goed met een dienst, gaat het Hof aan de hand van de verschillende elementen na welke aspecten van de betreffende activiteit ondergeschikt zijn aan de andere. Zo is er sprake van een dienstverrichting indien het goed dat de grens overschrijdt een zodanig integraal onderdeel uitmaakt van de dienst, dat er geen sprake meer kan zijn van een separate kwalificatie als 'goed'. In het arrest *Schindler*³⁶ overwoog het Hof bijvoorbeeld:

'In de eerste plaats vallen loterijactiviteiten, als prestaties die in de regel worden verricht tegen een beloning, bestaande in de prijs van het lot, niet onder de regels betreffende het vrije verkeer van goederen, zelfs voor zover het de voor hun organisatie of werking noodzakelijke grensoverschrijdende verzending en verspreiding van materiële voorwerpen betreft.'

Loterijbriefjes worden dus gezien als een integraal onderdeel van de verleende dienst en niet als een separaat goed. Hoewel 'diensten' dus in het algemeen onstoffelijk zijn en 'goederen' stoffelijk impliceert het gebruik van een 'goed' om een dienst aan te bieden dus niet dat de dienst daarmee zijn karakter als dienst verliest en derhalve onder het vrij verkeer van goederen komt te vallen. Een ander voorbeeld betreft de zaak *Josemans* waarin het Hof oordeelde dat de verkoop van dranken en etenswaren in coffeeshops is aan te merken als een horeca-activiteit, omdat de elementen die zien op diensten zwaarder wegen dan de levering van het goed zelf.³⁷ De regeling werd daarom getoetst aan het vrije dienstenverkeer.

Als er geen sprake is van ondergeschiktheid van de ene handeling ten opzichte van de andere, dan vormen de elementen zelfstandige economische activiteiten. De activiteit wordt dan als het ware opgesplitst. Dit is onder meer in gokzaken en zaken betreffende de doorgifte van televisiesignalen aan de orde gekomen. Hierbij speelt uiteraard dat de dienst niet te verrichten is zonder de bijbehorende apparatuur. Het Hof heeft in dergelijke zaken consequent geoordeeld dat, hoewel de exploitatie van een gokbedrijf en de doorgifte van televisiesignalen als dienst moesten worden aangemerkt, de noodzakelijke apparatuur om die dienst te verrichten onder het vrij verkeer van goederen viel.³⁸ Het enkele feit dat de dienst niet verricht kan worden zonder de bijbehorende apparatuur is niet van belang.

6.3. Wanneer beperkt een maatregel de distributie van goederen? (*Keck en Mithouard*)

Naast het soort producten waar de jurisprudentie betrekking op heeft is er ook nog het type maatregelen die zijn betwist voor het Hof. De brede definitie in *Dassonville* leek aanmerkelijk meer te omvatten dan alleen de direct aan de te verhandelen producten te stellen eisen. Nationale

³⁶ Zaak C-275/92, *Schindler*, ECLI:EU:C:1994:119

³⁷ Zaak C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774, r.o. 49.

³⁸ Zaak 155/73, *Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40; zaak C-6/01, *Anomar*, ECLI:EU:C:2003:446.

maatregelen die zondagsluitingen voorschrijven, reclame-uitingen beperken, handelsvergunningen vereisen, de verkoop reguleren: ze werden allemaal aangevochten voor het Hof.

Hier was het Hof in eerste instantie niet altijd even consequent. In verschillende arresten leek het erop dat dit soort 'verkoopmodaliteiten' zoals het Hof ze later aanduidde, wel degelijk onder de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vielen, ook al accepteerde het Hof in veel gevallen de nationale rechtvaardigingsgronden zowel op grond van artikel 36 VWEU als in het kader van de *Cassis de Dijon*-rechtspraak, om de belemmering te handhaven.³⁹ Doordat het Hof de nadruk legde op de toepasselijkheid van de rechtvaardigingsgronden, was duidelijk dat artikel 34 van toepassing was. Als dat niet het geval was, viel er immers ook niets te rechtvaardigen. In het arrest *Quietlynn* leek het Hof echter juist de werkingssfeer van artikel 34 VWEU te beperken en niet de verkoopmodaliteit (het ging hier om een vergunningvereiste voor seksshops) van toepassing te achten.⁴⁰ Dergelijke vergunningvereisten worden niet als een belemmering van de handel gezien. De verschillende uitspraken leidden tot verwarring of artikel 34 VWEU nu wel of niet van toepassing was op verkoopmodaliteiten.⁴¹

Het Hof schiep in 1993 duidelijkheid in het arrest *Keck en Mithouard*.⁴² In dit arrest oordeelt het Hof dat regelingen houdende verkoopmodaliteiten buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU vallen, wanneer het gaat om maatregelen zonder onderscheid die op alle marktdeelnemers van toepassing zijn. Maatregelen met onderscheid en maatregelen die de toegang tot de markt meer hinderen voor geïmporteerde producten dan voor nationale producten blijven echter wel binnen de werkingssfeer van artikel 34, hetgeen de duidelijkheid omtrent de reikwijdte van artikel 34 VWEU uiteraard weer niet vergroot.⁴³

Het Hof leek hiermee zijn eigen competentie om te oordelen over verkoopmodaliteiten te beperken, tenzij deze direct discriminerend waren. Al snel bleek echter dat het Hof daar toch niet helemaal consequent in was. Met name wanneer het ging over reclame-uitingen breidde het Hof de werkingssfeer van artikel 34 VWEU weer snel uit naar maatregelen zonder onderscheid die *potentieel* handelsbelemmerend zijn.⁴⁴ Dit komt met name tot uitdrukking in het *arrest Gourmet International Products*⁴⁵ waar het algehele Zweedse reclameverbod voor alcoholische dranken ter discussie stond.⁴⁶ Hoewel het gaat om een maatregel zonder onderscheid neemt het Hof op grond van het enkele feit

³⁹ Zaak C-312/89, Conforama, ECLI:EU:C:1991:93.

⁴⁰ Zaak C-23/89, Quietlynn, ECLI:EU:C:1990:300.

⁴¹ Zie o.m. K.J.M. Mortelmans, Article 30 of the EEC-Treaty and Legislation relating to Market Circumstances: Time to consider a new Definition, *CMLR* 1991, p. 115-136.

⁴² Gev. zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, ECLI:EU:C:1993:905.

⁴³ E. Steyger, 'Nogmaals het Keck-arrest: De nieuwe onduidelijkheid in de toepassing van art. 30 EG-Verdrag', *NJB* 1995, p. 933-934.

⁴⁴ Gev. zaken C-34/95 en C-36/95, De Agostini en TV-Shop, ECLI:EU:C:1997:344.

⁴⁵ Zaak C-405/98, Gourmet International Products, ECLI:EU:C:2001:135.

⁴⁶ Regelingen betreffende reclameuitingen die geen totaalverbod bevatten maar slechts een verbod bepaalde personen te benaderen vallen weer buiten de werkingssfeer, zie zaak C-71/02, Karner, ECLI:EU:C:2004:181.

dat Zweedse producten in Zweden meer naamsbekendheid hebben en meer toegang hebben tot de gewone media waar wel over alcoholische producten geschreven mag worden, aan, dat de maatregel Zweedse producten bevoordeelt. Volgens het Hof zijn deze feitelijke gegevens, die op zich weinig zeggen over een reëel verschil in naamsbekendheid van de verschillende producten, voldoende om artikel 34 VWEU van toepassing te achten. Het gevolg is dat *Keck en Mithouard* uitsluitend nog van toepassing is op verkoopmodaliteiten die volledig los staan van een specifiek product. En dat is opnieuw een uitbreiding van de reikwijdte van de toepassingsfeer van artikel 34 VWEU.⁴⁷

Verkoopmodaliteiten zijn door het Hof definitief buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU geplaatst. In de arresten het *Heukske* en *Semeraro Casa*,⁴⁸ die respectievelijk de openingstijden van winkels bij benzinestations en een verbod van bepaalde handelsactiviteiten op zondag betroffen, oordeelde het Hof dat dergelijke regelingen niet onder artikel 34 vallen, nu zij de handel in geïmporteerde producten niet meer belemmerden dan in eigen producten.

Uit het bovenstaande, en dan met name de zondagsluitingsarresten en *Keck en Mithouard*, kan worden afgeleid dat het Hof op de distributie en de verkoop van goederen artikel 34 e.v. VWEU van toepassing acht, en daarmee het vrij verkeer van diensten buiten beschouwing laat. Dit is alleen anders wanneer het gebruik van het goed ondergeschikt is aan de dienst die met behulp van het goed wordt verricht. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat verkoopmodaliteiten waaraan die distributie gebonden is, in beginsel buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt. Dat impliceert niet dat die verkoopmodaliteiten dan binnen de werkingssfeer van één van de andere vrijheden vallen; ze vallen gewoon niet onder enig verbod van belemmeringen tenzij de maatregel direct discriminerend of de toepassing tot de markt van een product belemmert. Is dit niet het geval dan vallen de verkoopmodaliteiten onder de uitsluitende competentie van de lidstaten.

In het licht van het voorgaande is het recente arrest *Pelckmans*⁴⁹ van 8 mei 2014 interessant, dat betrekking had op een klacht van de heer Pelckmans, die stelde dat tuincentra die zeven dagen per week open waren in strijd handelden met de Belgische openingsurenwet waarin een wekelijkse sluitingsdag verplicht was gesteld. De verwijzende rechter stelde onder meer de vraag of deze regeling in overeenstemming was met het vrije goederenverkeer en het vrije dienstenverkeer. Het Hof ging hier zowel na of deze regeling aan het vrij verkeer van goederen moest worden getoetst als aan het vrije dienstenverkeer. In beide gevallen beantwoorden het Hof deze vraag ontkennend. In dit arrest overwoog het Hof (r.o. 24 t/m 26):

‘Wat de toepassing van de door de verwijzende rechter vermelde artikelen 34 VWEU tot en met 36 VWEU inzake het vrije verkeer van goederen betreft, zij er hoe dan ook aan herinnerd dat het Hof reeds

⁴⁷ A. Kaczorowska, ‘Gourmet Can Have His Keck and Eat It!’, *European Law Journal* 2004, nr. 10, p. 479-494.

⁴⁸ Gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92, Tankstation het Heukske, ECLI:EU:C:1994:220; gev. zaken C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, *Semeraro Casa*, ECLI:EU:C:1996:242.

⁴⁹ Zaak C-483/12, *Pelckmans*, ECLI:EU:C:2014:304.

meermaals heeft geoordeeld dat deze bepalingen niet van toepassing zijn op een nationale winkelsluitingsregeling die geldt voor alle betrokken marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en die, rehtens en feitelijk, de verhandeling van nationale producten en die van producten uit andere lidstaten gelijkelijk treft (zie met name arresten Punto Casa en PPV, C-69/93 en C-258/93, EU:C:1994:226, punt 15, en Semeraro Casa Uno e.a., C-418/93–C-421/93, C-460/93–C-462/93, C-464/93, C-9/94–C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, EU:C:1996:242, punt 28).

Evenzo kan, wat de door de verwijzende rechter eveneens vermelde artikelen 56 VWEU en 57 VWEU inzake het vrij verrichten van diensten betreft, worden volstaan met de vaststellingen dat de betrokken wettelijke regeling geldt voor alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, dat zij overigens niet tot doel heeft de voorwaarden voor de uitvoering van de dienstverrichting van de betrokken ondernemingen te regelen, en ten slotte dat de beperkingen die zij voor het vrij verrichten van diensten teweeg zou kunnen brengen, zo onzeker en indirect zijn dat van de in de regeling vervatte verplichting niet kan worden gezegd dat zij deze vrijheid belemmert (zie naar analogie, arrest Semeraro Casa Uno e.a., EU:C:1996:242, punt 32).

Uit een en ander volgt dat niet is komen vast te staan dat het Hof bevoegd is om de door de verwijzende rechter vermelde bepalingen van het Handvest uit te leggen.'

Hieruit volgt dat sluitingstijden in beginsel evenmin aan het vrije dienstenverkeer hoeven te worden getoetst.

7. De Dienstenrichtlijn

7.1 Inhoud en strekking

In de Dienstenrichtlijn zijn algemene bepalingen neergelegd die de uitoefening van het vrije dienstenverkeer en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters moeten vergemakkelijken en tegelijkertijd een hoge kwaliteit van diensten moeten waarborgen (artikel 1 Drl). Aangezien de richtlijn is gebaseerd op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het recht van vrij dienstenverkeer, kan deze niet los worden gezien van deze vrijheden. Zij houden nauw verband met elkaar. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dan ook dat deze richtlijn moet worden toegepast met inachtneming van de verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Dit neemt niet weg dat de richtlijn lang niet alleen een zuivere codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft. De richtlijn brengt belangrijke aanvullende verplichtingen mee ten opzichte van het bestaande acquis, zoals de verplichting op het gebied van wederzijdse erkenning van documenten, administratieve samenwerking en de invoering van de positieve fictieve beschikking (de zogeheten *lex silencio positivo*). Daarnaast wijkt de richtlijn op bepaalde punten af van de rechtspraak van het Hof. Zo bepaalt artikel 16 van de richtlijn dat maatregelen die het tijdelijke dienstenverkeer belemmeren, slechts op basis van vier rechtvaardigingsgronden kunnen worden gerechtvaardigd. Met het oog op deze verschillen is het van belang om vast te stellen welke nationale maatregelen *wel* en welke nationale maatregelen *niet* onder het bereik van de richtlijn vallen. Daarnaast is het van belang om

vast te stellen of de maatregel valt onder het regime dat geldt voor vestigingseisen (hoofdstuk III) van de richtlijn, of tijdelijke dienstverlening (hoofdstuk IV van de richtlijn).

Hieronder wordt uiteengezet welke voorwaarden de hoofdstukken III en IV stellen aan vestigingsvoorwaarden.

7.2 Binnen welke grenzen is een vestigingsvergunning geoorloofd?

Hoofdstuk III van de richtlijn (de artikelen 9 tot en met 15 Drl) ziet op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters.

De artikelen 9 tot en met 13 van de richtlijn bepalen binnen welke randvoorwaarden een vergunningseis mag worden opgelegd aan een dienstverrichter die zich in een lidstaat wil vestigen.⁵⁰ In dit verband is van belang dat het begrip vergunningstelsel in het kader van de richtlijn - overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie - ruim moet worden uitgelegd. Hieronder wordt ingevolge artikel 4, sub 6, van de richtlijn namelijk begrepen 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijgen van een beslissing, uitdrukkelijk of stilzwijgend, over de toegang tot of de uitoefening van een dienst'. Deze omschrijving komt erop neer dat zodra een beslissing van een bevoegde instantie vereist is vóórdat een dienstverrichter zijn activiteit legaal kan uitoefenen, er sprake is van een vergunningstelsel in de zin van de richtlijn.⁵¹ Daarbij kan het gaan om een formeel besluit, maar ook om stilzwijgende verlening, bijvoorbeeld als de betrokkene moet wachten op een bevestiging dat zijn verklaring is ontvangen voordat hij met zijn activiteit kan beginnen.⁵² Deze ruime uitleg wijkt af van de betekenis die traditioneel in het Nederlandse algemene bestuursrecht onder het begrip vergunning(stelsel) wordt verstaan.

Artikel 9 Drl bepaalt onder welke voorwaarden de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk mag worden gesteld van een vergunningstelsel. Hoewel de voorwaarden niet letterlijk zijn overgenomen uit de rechtspraak van het Hof, moet dit artikel, gelet op deze rechtspraak, aldus worden uitgelegd dat een nationale wetgevende instantie slechts een vestigingsvergunning mag invoeren indien dit vergunningstelsel:

- (1) geen direct of indirect onderscheid maakt op grond van nationaliteit,
- (2) de behoefte aan het vergunningstelsel gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang,
- (3) het stelsel geschikt is om het beoogde doel te bereiken,

⁵⁰ Ingevolge artikel 9, lid 3, Drl zijn deze artikelen niet van toepassing, voor zover elementen van vergunningstelsels al zijn geregeld in andere communautaire instrumenten. Hierover Handboek 2007, p. 25.

⁵¹ Overeenkomstig bijvoorbeeld zaak C- 168/04, Cie/Oostenrijk, ECLI:EU:C:2006:595, r.o. 41; zaak C-515/08, Santos Palhota, ECLI:EU:C:2010:589; Vgl. zaak C-54/99, Eglise de scientologie, ECLI:EU:C:2000:124, r.o. 15 (vrij verkeer van kapitaal).

⁵² Overweging 39 considerans.

- (4) het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt, bijvoorbeeld door controle achteraf en tenslotte
- (5) voldoet aan het consistentie-vereiste.

7.3 Grenzen aan de beslissingsruimte van het bestuursorgaan

Van belang is voorts dat de discretionaire ruimte waarover de bevoegde instanties beschikken bij het afgeven van een vergunning begrensd moet zijn, teneinde te voorkomen dat zij op willekeurige wijze hun beslissingsbevoegdheid uitoefenen (artikel 10, eerste lid, Drl). Vergunningsaanvragen moeten immers eerlijk en onpartijdig worden behandeld, zodat dienstverrichters van te voren kunnen voorspellen wat hun kansen zijn om een vergunning te verkrijgen. Met het oog hierop bevat artikel 10 Drl specifieke criteria die zien op de vergunningsvoorwaarden. Deze moeten om te beginnen *non-discriminatoire* zijn, *gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang* en bovendien *evenredig* met die reden van algemeen belang (artikel 10, tweede lid, Drl). Het vergunningstelsel moet daarnaast gebaseerd zijn op *objectieve criteria* die *duidelijk en ondubbelzinnig* zijn en *vooraf bekend zijn gemaakt*. De vergunningsvoorwaarden moeten tenslotte *transparant en toegankelijk* zijn. De rechtvaardiging van een vergunningstelsel is met andere woorden mede afhankelijk van de in acht genomen transparantie met betrekking tot de vergunningsvoorwaarden. In de uitspraak van 9 juli 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State prejudiciële vragen gesteld omtrent de mogelijkheid voor particulieren om zich rechtstreeks op deze bepalingen te beroepen. Indien het Hof de rechtstreekse werking bevestigt betekent dit dat ondernemingen zich op deze bepalingen kunnen beroepen en dat bestuursorganen deze bepalingen moeten toepassen, ondanks dat ze niet allemaal naar Nederlands recht zijn omgezet.⁵³

Gemeentebesturen moeten met andere woorden voorzichtig zijn om een vergunning afhankelijk te stellen van vage normen waarvan niet duidelijk is hoe deze worden ingevuld. Voor ondernemingen zal van te voren duidelijk moeten aan welke voorwaarden zij moeten voldoen, bijvoorbeeld indien de vergunning afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat er 'behoefte' is aan de betreffende activiteit.⁵⁴ Het vereiste van objectiviteit brengt met zich dat de afgifte van een vergunning niet afhankelijk mag worden gesteld van de bereidheid van potentiële concurrenten.⁵⁵ Verklaringen van concurrerende ondernemingen kunnen derhalve niet worden gebruikt om een vergunningaanvraag te beoordelen.⁵⁶

De verplichting om de beoordelingsbevoegdheid af te bakenen, neemt niet weg dat het Hof van Justitie beseft dat bevoegde instanties ten aanzien van sommige vergunningsvoorwaarden over enige

⁵³ Uitspraak ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2488.

⁵⁴ Gev. Zaken C-197/11 en C-203/11, Libert, ECLI:EU:C:2013:288, r.o. 58-59.

⁵⁵ Bijvoorbeeld C-389/05, Commissie/Frankrijk, ECLI:EU:C:2008:411.

⁵⁶ Zaak C-169/07, Hartlauer, ECLI:EU:C:2009:141, r.o. 69; zaak C-338/09, Yellow Cab, ECLI:EU:C:2010:814; Vgl. C-400/08, Cie/Spanje, ECLI:EU:C:2011:172, r.o. 112.

flexibiliteit moeten kunnen beschikken. Voor sommige vergunningsvoorwaarden kan het immers lastig zijn om vooraf nauwkeurige drempels of maxima vast te stellen, bijvoorbeeld wanneer als criterium voor vergunningverlening wordt gehanteerd ‘de gevolgen voor het gebruik van wegen en openbaar vervoer’ of ‘de aantasting van de belangen van de inwoners van het betrokken gebied’.⁵⁷ Indien deze voorwaarden nader zouden worden gespecificeerd, bijvoorbeeld door middel van kwantitatieve cijfers, kan dit leiden tot een zekere rigiditeit waardoor de vrijheid van vestiging juist méér in plaats van minder beperkt wordt. In die gevallen kan een ruime beoordelingsbevoegdheid volgens het Hof geoorloofd zijn, mits deze bijdraagt aan de verwezenlijking van de beoogde doelstelling. Daarnaast geldt dat de vergunningsvoorwaarde onder geen beding dermate onduidelijk mag zijn dat zij ongeschikt is om de beoogde doelstellingen te verwezenlijken.⁵⁸ Daar komt bij dat in het geval van een ruime beoordelingsmarge er extra belang wordt gehecht aan transparantie, zodat de uitoefening van de bevoegdheid kan worden gecontroleerd.⁵⁹ De (extra) transparantieverplichting geeft als het ware tegenwicht aan de ruime beoordelingsbevoegdheid van de instantie.

Kortom, hoewel de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde instanties aan de ene kant moet worden begrensd, kan aan de bevoegde instantie aan de andere kant enige ruimte worden geven indien en voor zover dit nodig is om een bepaalde doelstelling te bereiken. De ruimte die de bevoegde instantie heeft mag echter in geen geval leiden tot rechtsonzekerheid bij de dienstverrichters of tot ongunstige beïnvloeding van de markt.

7.4 Verboden en verdachte vestigingseisen

De bepalingen 14 en 15 van de richtlijn hebben betrekking op de materiële aspecten van de eisen die aan deze dienstverrichters mogen worden opgelegd. Artikel 14 Drl bevat de lijst met verboden eisen, dat wil zeggen dat vestiging van een dienstverrichter in een lidstaat onder geen beding afhankelijk mag worden gesteld van een van deze eisen. Artikel 15 bevat de grijze lijst met verdachte vestigingseisen. Deze verdachte eisen vormen weliswaar een beperking van de vrijheid van vestiging, maar kunnen niettemin, anders dan de verboden eisen in artikel 14 Drl, geoorloofd zijn indien zij voldoen aan de voorwaarden van de proportionaliteitstoets (artikel 15, derde lid, Drl).

7.5 Het verbod van economische criteria

Een van de verboden eisen betreft het verbod in artikel 14, aanhef en onder 5, Drl om de toegang tot of de uitoefening van een dienstverlenende activiteit afhankelijk te stellen van een economische criteria. Daarbij gaat het in de eerste plaats om gevallen waarin een vergunning alleen wordt afgegeven wanneer wordt aangetoond dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat voor de beoogde activiteit. Daarnaast kan het gaan om gevallen waarbij de afgifte van een vergunning

⁵⁷ C-470/11, Garkalns, ECLI:EU:C:2012:505, AB 2012, 321 m.nt. Drahmman.

⁵⁸ C-400/08, Cie/Spanje, ECLI:EU:C:2011:172, r.o. 117-118.

⁵⁹ C-470/11, Garkalns, ECLI:EU:C:2012:505, AB 2012, 321 m.nt. Drahmman, r.o. 48.

afhankelijk is van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit, of van de beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instanties vastgestelde doelen van economische planning. Dit verbod op economische tests is in lijn met de vaste rechtspraak van het Hof zoals hierboven uiteengezet, die inhoudt dat overwegingen van zuiver economische aard nimmer een geldige rechtvaardigingsgrond kunnen opleveren voor een beperking van het vrij verkeer.⁶⁰ Anders gezegd: het enkele feit dat een vestiging van een nieuwe onderneming mogelijk een faillissement of lagere omzet van de concurrent tot gevolg heeft, is geen reden om de vestiging van deze nieuwe onderneming te weigeren. Daar komt bij dat het moeten laten verrichten van een onderzoek naar de economische gevolgen van een activiteit dienstverrichters ervan zou kunnen weerhouden om zich in een bepaalde lidstaat te vestigen. Dergelijke onderzoeken zijn immers kostbaar en tijdrovend.

Van belang is dat artikel 14, aanhef en onder 5, Drl tevens bepaalt dat het verbod geen betrekking heeft op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit een dwingende reden van algemeen belang, bijvoorbeeld de bescherming van het stedelijk milieu en doelstellingen op het gebied van het sociale beleid of de volksgezondheid.⁶¹ Aan dergelijke planningseisen staat de richtlijn niet in de weg, mits wordt voldaan aan de evenredigheidstoets. Het verbod ziet dus uitsluitend op economische testen als zodanig. Ook dit sluit aan bij de hierboven besproken zaken. In het arrest *Commissie/Frankrijk* oordeelde het Hof dat de regeling waarbij de afgifte van een vergunningen voor de uitoefening van de werkzaamheden als artiestenbemiddelaar afhankelijk werd gesteld van de vraag of hieraan behoefte was, in strijd was met het vrij verkeer nu Frankrijk geen enkele reden had aangevoerd om deze regel te rechtvaardigen.⁶² Kortom, uit artikel 14, aanhef en onder 5, Drl volgt klip en klaar dat het laten verrichten van een distributieplanologisch onderzoek niet is toegestaan als hier (zuiver) economische overwegingen aan ten grondslag liggen. Het laat niettemin de mogelijkheid open voor een dergelijk onderzoek voor zover dit is ingegeven door andere doelstellingen, mits wordt voldaan aan de evenredigheidstoets.

7.6 Territoriale en kwantitatieve eisen zijn verdacht

Artikel 15 Drl bevat de lijst met verdachte vestigingseisen. Deze verdachte eisen vormen weliswaar een beperking van de vrijheid van vestiging, maar kunnen niettemin, anders dan de verboden eisen in artikel 14 Drl, geoorloofd zijn indien zij voldoen aan de voorwaarden van de evenredigheidstoets (artikel 15, derde lid, Drl). Artikel 15, tweede lid, noemt eisen die *kwantitatieve* of *territoriale beperkingen* omvatten (*sub a*). Dergelijke regelingen beperken het totaal aantal dienstverrichters en belemmeren daarmee nieuwe marktdeelnemers bij hun toegang tot de markt.⁶³ Aldus wordt een

⁶⁰ 352/98, Bond van Adverteerders, ECLI:EU:C:2000:361, r.o. 34; C-398/95, *SETTG*, ECLI:EU:C:1997:282, r.o. 23.

⁶¹ Zie ook overweging 66 considerans.

⁶² C-255/04, *Commissie/Frankrijk*, ECLI:EU:C:2006:401.

⁶³ Handboek p. 34; "Commission staff working paper on the process of mutual evaluation of the Services Directive", SEC (2011) 102, final, p. 14-16.

schaarse vergunning gecreëerd. Met *kwantitatieve* beperkingen wordt met name bedoeld op eisen die het aantal marktdeelnemers dat zich mag vestigen beperkt, of op eisen die inhouden dat het aantal toegelaten marktdeelnemers afhankelijk is van de bevolkingsomvang in een bepaalde regio. Daarbij kan worden gedacht aan de eis dat zich per 1000 inwoners één rijksschool mag vestigen.⁶⁴ Onder *territoriale* beperkingen vallen met name eisen die het aantal dienstverrichters op basis van een geografische minimumafstand tussen dienstverrichters beperken, zoals aan de orde was in het eerdergenoemde arrest *Attanasio*.⁶⁵ De rechtspraak zoals die hierboven is uiteengezet omtrent dergelijke eisen, is gewezen ná de inwerkingtreding van de richtlijn.⁶⁶ Niettemin dient deze rechtspraak te worden betrokken bij de uitleg van artikel 15 Drl. Uit deze rechtspraak volgt dat de mate waarin deze eisen toelaatbaar zijn zeer afhankelijk is van de redenen die hiervoor wordt aangevoerd en bovendien van de vraag of is voldaan aan het consistentie-vereiste. Zoals reeds volgt uit artikel 14, aanhef en onder 5, Drl kunnen economische motieven nimmer een argument vormen om kwantitatieve of territoriale eisen vast te stellen.

7.7 Eisen aan tijdelijke dienstverlening

Hoofdstuk IV van de richtlijn (de bepalingen 16 tot en met 21 Drl) ziet op het vrij verkeer van diensten en bepaalt onder welke voorwaarden eisen kunnen worden gesteld aan tijdelijke dienstverrichters en hun afnemers.

Uitgangspunt is dat dienstverrichters hun diensten in de gehele Unie moeten kunnen aanbieden zonder dat zij op de grenzen hoeven te letten. Artikel 16 Drl bevat in dit verband zowel een negatieve als een positieve verplichting voor de lidstaten. Enerzijds zijn zij verplicht om het recht van ondernemingen om diensten te verrichten in een andere lidstaat te eerbiedigen. Anderzijds moet de lidstaat waar de dienst wordt verricht actief zorgen voor een vrije toegang tot en vrije uitoefening van een dienstenactiviteit op zijn grondgebied. Een lidstaat mag de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit alleen afhankelijk stellen van de naleving van eisen die aan de volgende beginselen voldoen:

- a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor rechtspersonen, naar de lidstaat waarin hij gevestigd is.
- b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid, of de bescherming van het milieu.
- c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en gaan niet verder dan wat nodig is om dat doel te bereiken.

⁶⁴ Handboek p. 34.

⁶⁵ C-384/08, *Attanasio*, ECLI:EU:C:2010:130.

⁶⁶ C- 570/07 en C 571/07, *Perez en Gomez*, AB 2010/272 m.nt. M.R. Botman; C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, ECLI:EU:C:2014:68.

Met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvragen, laten we verdere bespreking van hoofdstuk IV van de richtlijn achterwege. De vragen zijn immers gericht op de eisen die mogen worden gesteld aan vestiging. Van vestiging is bij tijdelijke dienstverlening nu juist geen sprake. Voor het onderscheid tussen deze vrijheden zij verwezen naar paragraaf 5.

7.8 De werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn

De Dienstenrichtlijn is logischerwijs uitsluitend van toepassing indien er sprake is van een situatie die binnen haar werkingssfeer valt. Met betrekking tot de materiële werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn zijn twee elementen van belang. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een dienstverrichting die valt binnen de werkingssfeer van de richtlijn. In de tweede plaats moet er sprake zijn van een nationale maatregel die binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Eerst wanneer aan deze twee componenten is voldaan, is de richtlijn van toepassing. Hieronder wordt afzonderlijk ingegaan op de twee componenten.

Daarbij merken wij nog het volgende op. In klassieke indeling van de fundamentele verkeersvrijheden in het VWEU, valt de vrijheid van vestiging onder het vrije personenverkeer en niet onder het vrij verkeer van diensten. De Dienstenrichtlijn omvat echter naast het tijdelijke dienstenverkeer ook de vestiging van ondernemingen die diensten verrichten. Ondernemingen die zich in Nederland willen vestigen, maar geen diensten verrichten in de zin van de richtlijn, vallen hoe dan ook buiten de werkingssfeer van de richtlijn. Nationale maatregelen die geen belemmering vormen voor dienstverrichtingen in de zin van de richtlijn hoeven evenmin aan de richtlijn te worden getoetst.

7.9 Welke activiteiten vallen onder de Dienstenrichtlijn?

De Dienstenrichtlijn heeft een horizontaal karakter. Dit houdt in dat de richtlijn in beginsel van toepassing is op *alle* diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd, ongeacht de sector waarin de dienst wordt ingedeeld (artikel 2, eerste lid, Drl). Het begrip dienst wordt in artikel 4, onder 1, Drl gedefinieerd als *'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag [thans artikel 57 VWEU]'*. De richtlijn bevat in artikel 2 een flink aantal activiteiten die van de werkingssfeer zijn uitgezonderd, zoals diensten in de gezondheidszorg.⁶⁷

7.10 Valt detailhandel onder Dienstenrichtlijn? Ons inziens niet

Kan de verkoop van een goed worden aangemerkt als een dienst in de zin van artikel 4, sub 1, van de richtlijn?⁶⁸ Een bevestigend antwoord op deze vraag zou betekenen dat ook nationale voorschriften

⁶⁷Zaak C-57/12, Femarbel, ECLI:EU:C:2013:517.

⁶⁸Zie onder meer B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbreken voor de wetgever', *Regelmaat* 2007/5, p. 205-217; A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht',

die zien op de vestiging van winkels, zoals supermarkten en bouwmarkten, aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn moeten voldoen.

De Europese Commissie lijkt er van uit te gaan dat distributie van goederen een dienst is in de zin van richtlijn. Dit volgt in de eerste plaats uit het Handboek van de Commissie, waarin 'distributiehandel (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)' is opgenomen als activiteit waarop de richtlijn van toepassing is.⁶⁹ Dit volgt tevens uit de brochure van de Commissie die consumenten informeert over de richtlijn, waarin staat: '*U gebruikt een dienst telkens als u boodschappen doet bij een supermarkt [...]*'.⁷⁰ Ook in de analyses van de economische effecten van de richtlijn worden de inkomsten uit de detailhandel betrokken.⁷¹ Uit de screeningsresultaten zoals weergegeven in het verslag van de Commissie van 27 januari 2011, blijkt overigens dat ook verschillende lidstaten ervan uitgaan dat detailhandel onder de richtlijn valt.⁷² In navolging van de Commissie heeft ook een aantal auteurs betoogd dat distributie van goederen onder de richtlijn valt.⁷³

In de Dienstenrichtlijn zelf is een aantal aanknopingspunten te vinden waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat de verkoop van goederen onder richtlijn vallen. In overweging 33 van de considerans wordt 'distributiehandel' genoemd als voorbeeld van een activiteit waarop de richtlijn betrekking heeft. In overweging 47 wordt bovendien gesproken over 'de vestiging van een nieuwe hypermarkt'.

Overweging 76 van de considerans bevat een passage die ziet op de afbakening tussen de richtlijn en het vrije goederenverkeer. Hierin staat het volgende: '*De richtlijn heeft geen betrekking op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het Verdrag over het vrij verkeer van goederen [thans 34 tot en met 37 VWEU]. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf.*' Deze overweging geeft helaas geen duidelijkheid over de vraag of de distributie van goederen onder de richtlijn valt. Hessel ziet in de

Regelmaat 2007, p. 192; M.R. Botman, 'De Dienstenwet en het algemeen bestuursrecht: een menage à trois', *RegelMaat* 2011, p. 241-255.

⁶⁹ Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, 2007, p. 10 en 15.

⁷⁰ Zie: Publicatiebureau van de Europese Commissie: "Alle diensten die u nodig hebt waar u ook bent" http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/leaflet/leaflet_for_consumers_nl.pdf

⁷¹ Mededeling van de Commissie: "Over de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn. Een partnerschap voor nieuwe groei in diensten 2012-2015", COM (2012) 261 final; "Commission Staff working Paper on the process of mutual evaluation of the Services Directive", SEC(2011)102 final, p. 62-68.

⁷² Zie onder meer "Op weg naar een betere werking van de eengemaakte dienstenmarkt- voortbouwen op de resultaten van het in de dienstenrichtlijn vastgestelde proces van wederzijdse beoordeling", COM (2011) 0020, def; zie ook SEC (2011) 102, final, p. 62-69 en "With a view to establishing guidance on the application of article 20 (2) of Directive 2006/123/EC on the services in the internal market (the 'Services Directive')", SWD (2012) 146 final, p. 7.

⁷³ Onder meer B. Hessel, Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1), *Gemeentestem* 2007, 7296, p. 113-125. ; B.J. Drijber 'De bezems van Bolkestein', *NTER* nr. 5, mei 2004, p. 112-120, p. 114.

overweging, met name in het woord *zelf*, de bevestiging van zijn standpunt dat de richtlijn niet ziet op het *vervaardigen* van goederen, maar wel op de *distributie* ervan.⁷⁴ Barnard concludeert op basis van de overweging juist het tegenovergestelde.⁷⁵

Kortom, over de vraag of de verkoop van een goed een dienstverrichting is in de zin van de richtlijn bestaat vooralsnog geen zekerheid. Het Hof van Justitie heeft zich hierover nog niet uitgelaten.

Ons inziens moet het er vooralsnog voor worden gehouden dat het begrip dienst in het kader van de Dienstenrichtlijn niet tevens de verkoop van goederen omvat. Zoals gezegd verwijst artikel 4, onder 1, Drl uitdrukkelijk naar artikel 50 van het EG-Verdrag, thans artikel 57 VWEU. Uit de toelichting van de Commissie bij het eerste voorstel van de richtlijn volgt eveneens dat bij de uitleg van dit begrip moet worden aangesloten bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁷⁶ Dit wordt bevestigd in het recente *OSA-arrest*, waarin het Hof overwoog dat het begrip 'dienst' in de zin van de richtlijn samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in het huidige artikel 57 VWEU.⁷⁷ Dit zou betekenen dat, mede gelet op artikel 3 van de richtlijn, ook de rechtspraak omtrent deze verdragsbepaling van overeenkomstige toepassing is. Een uitbreiding van de verdragsbepaling door middel van een secundair recht zou met het oog op de constitutionele verhoudingen mogelijk in strijd zijn met het primaire Unierecht zoals uiteengezet in deze rechtspraak.

Op basis van het strikte onderscheid dat in de rechtspraak wordt gehanteerd, zoals hierboven is weergegeven, dient ons inziens dan ook te worden geconcludeerd dat de verkoop van goederen niet kan worden gekwalificeerd als dienstverlening in de zin van artikel 57 VWEU en derhalve niet als een dienst in de zin van artikel 4, sub 1, van de richtlijn. Aan supermarkten en bouwmarkten komt met andere woorden geen beroep op de richtlijn toe. Dat de aankoop van een product in een winkel gepaard kan gaan met dienstverlening, bijvoorbeeld advies of serviceverlening achteraf, maakt dit niet anders; deze aspecten zijn ondergeschikt aan de verkoop van het goed. Deze mening wordt onderschreven door advocaat-generaal J. Kokott in haar conclusie inzake winkelketen Hervis Sport, een exploitant van sportwinkels en een concurrent van Decathlon⁷⁸, over een belastingmaatregel die door de betreffende sportketen in acht moest worden genomen. Hierin betoogde zij dat het doel van de sportwinkel is om goederen te verkopen. Dit heeft tot gevolg dat het vrij verrichten van diensten niet in het geding was, maar de maatregel moest worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Ook het Hof meende dat de regeling moest worden getoetst aan het recht van vestiging in artikel 49 VWEU.⁷⁹ Dit neemt uiteraard niet weg dat er bepaalde winkels zijn die mogelijk als dienstverrichters

⁷⁴ Hessel 2007, p. 113-125.

⁷⁵ Barnard, 'Unravelling the Services Directive', (2008) 45, *Common Market Law Review*, issue 2, pp. 323-394, p. 344-345.

⁷⁶ "Voorstel voor een richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt", COM (2004)2 definitief, p. 22.

⁷⁷ C-351/12, OSA, ECLI:EU:C:2014:110, r.o. 58.

⁷⁸ Conclusie AG inzake zaak C-385/12, ECLI:EU:C:2013:531, Hervis Sport, punt 86.

⁷⁹ Zaak C-385/12, Hervis Sport, ECLI:EU:C:2014:47.

kunnen worden gekwalificeerd: men kan denken aan belwinkels en kappers. In hoeverre dergelijke winkels toch de distributie van goederen beogen zal afhangen van het gewicht dat er aan de bij hen aan te schaffen goederen wordt gehecht.

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven zijn tot het oordeel gekomen dat de verkoop van goederen niet onder de Dienstenrichtlijn valt.⁸⁰ Dit oordeel baseert de Afdeling in de eerste plaats op de artikelen 2, eerste lid, en 4, aanhef en onder 1 van de richtlijn, in welk verband voor de betekenis van het begrip 'dienst' wordt verwezen naar artikel 57 VWEU. Daarnaast wijst de Afdeling op overweging 76 van de considerans van de Dienstenrichtlijn, waaruit de Afdeling concludeert dat de richtlijn geen betrekking heeft op de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU over het vrije verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepalingen van het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen de eisen met betrekking tot de toegang of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van goederen. Dat in overweging 33 van de richtlijn 'distributiehandel' staat genoemd als voorbeeld van een activiteit die valt binnen het bereik van de richtlijn, is volgens de Afdeling niet van doorslaggevende betekenis. Ditzelfde geldt voor het feit dat de Commissie in het Handboek voor de implementatie 'detailhandel' onder het bereik van de richtlijn schaaft.⁸¹ Het Handboek is immers niet wettelijk bindend. Tenslotte oordeelt de Afdeling onder verwijzing naar het arrest *Burmanjer*, dat, voor zover de verkoop van een goed vergezeld gaat met elementen van een dienst, dit onvoldoende grondslag vormt om de verkoop als een dienstverrichting aan te merken.⁸²

Deze conclusie brengt volgens de Afdeling met zich dat de marktkoopman die kleding verkoopt geen beroep kan doen op de Dienstenrichtlijn. Ditzelfde geldt voor de marktkoopman die aardappels, groenten en fruit verkoopt.⁸³ De weigering om een marktkoopman een dagplaats toe te kennen op basis van de Marktverordening en het geldende Brancheringsbesluit kan derhalve niet worden getoetst aan het rechtskader van Dienstenrichtlijn. Deze lijn in de nationale rechtspraak lijkt ons in overeenstemming met de richtlijn zoals hierboven uiteengezet.

Vanuit het ministerie kregen wij de vraag voorgelegd of het kan voorkomen dat de functie van de verkoop van goederen ondergeschikt is aan de bijbehorende dienstverlening en dat om die reden, in tegenstelling tot de geldende nationale rechtspraak, de Dienstenrichtlijn wel van toepassing zou zijn. Wij beantwoorden deze vraag negatief, behoudens de enkele hierboven genoemde uitzonderingen. Naar onze mening is het geleverde advies bij aankoop van goederen per definitie ondergeschikt aan het goed zelf, omdat er zonder het goed immers in het geheel geen advies zou worden gevraagd. In het merendeel van de gevallen wordt voor het advies niet betaald. Het gaat in winkels primair om de

⁸⁰ ABRvS 25 juli 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BX2613, AB 2012/337 mt. nt. M.R. Botman; ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2857.

⁸¹ Europese Commissie, 2007, p. 10 en 15

⁸² Zaak C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307.

⁸³ ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013: CA3645, r.o. 4.1; ABRvS, 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013: CA3688, r.o. 4.1; Voorzieningenrechter Rb Rotterdam 1 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010: BO 6007, r.o. 2.7.4.

vraag of het goed het gewenste artikel is. Kortom, de hoofdactiviteit is de verkoop van goederen, alleen hebben sommige goederen wat meer specialistische aandacht nodig dan andere.⁸⁴

Daar staat tegenover dat de betekenis van het begrip 'dienst' in secundaire regelgeving een andere invulling kan krijgen dan de gebruikelijke betekenis in het kader van het artikel 57 VWEU.⁸⁵ De Uniewetgever kan het begrip zodanig definiëren dat deze afwijkt van de omschrijving in artikel 57 VWEU. In het kader van de BTW-richtlijnen bijvoorbeeld omvat een dienst '*elke handeling die geen levering van een goed is*'.⁸⁶ Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel bevat een definitie van het begrip 'diensten in de informatiemaatschappij'.⁸⁷ In het arrest in de zaak *Ker-Optika* concludeerde het Hof dat hieronder ook de onlineverkoop van goederen moet worden verstaan (maar niet de goederen als zodanig, of de levering ervan).⁸⁸ Indien de definitie ontbreekt, kan het Hof zelf een autonome interpretatie geven van het begrip in het licht van de betreffende regeling. Beide scenario's lijken ons in het kader van de richtlijn echter niet waarschijnlijk. De Dienstenrichtlijn bevat immers een duidelijke definitie van het begrip dienst, waarin bovendien uitdrukkelijk wordt verwezen naar artikel 57 VWEU.⁸⁹ Daarnaast maken ook het beoogde doel en de opzet van de richtlijn duidelijk dat deze is gericht op de verwezenlijking van een interne markt van diensten.⁹⁰ Het is juist de dienstenmarkt die, in tegenstelling tot de handel in goederen, nog onvoldoende is ontwikkeld.

Op basis van het voorgaande komen wij tot de volgende conclusie.

Gelet op de systematiek van de verkeersvrijheden en de rechtspraak omtrent artikel 57 VWEU, dient ons inziens als uitgangspunt te worden genomen dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de verkoop van goederen, hetgeen tevens de distributie door de detailhandel omvat. De nationale rechtspraak gaat evenzeer uit van dit standpunt. Dit betekent dat verkoopmodaliteiten in de zin van het arrest *Keck en Mithouard* (zie hierboven) die geen betrekking hebben op vestigingseisen, maar wel een belemmering zouden kunnen vormen in de zin van de Dienstenrichtlijn buiten de werkingssfeer van het VWEU vallen.

Ons standpunt betreffende de toepasselijkheid van de richtlijn op distributie volgt de jurisprudentie van het Hof, maar wijkt af van dat van de Europese Commissie en een aantal andere lidstaten. Om over die toepasselijkheid volledige zekerheid te krijgen, zal een oordeel van het Hof van Justitie moeten worden afgewacht. Het Hof zou zich hierover eerst kunnen uitspreken als een nationale rechter op dit punt prejudiciële vragen stelt of indien de Europese Commissie de vraag voorlegt aan

⁸⁴ ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3602.

⁸⁵ Vgl. ook zaak C-418/02, *Praktiker Bau*, ECLI:EU:C:2005:425, r.o. 44 en de zaak C-533/07, *Falco Privatstiftung*, ECLI:EU:C:2009:257.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld Gevoegde zaken C-497/09, C-499/09, C-501/09 en C-502/09, *Bog*, ECLI:EU:C:2011:135 inzake Zesde Richtlijn (77/388/EG).

⁸⁷ Richtlijn 2000/31/EG, Richtlijn inzake elektronische handel, (PB L 178, p. 1).

⁸⁸ Zie zaak C-108/09, *Ker-Optika*, ECLI:EU:C:2010:725.

⁸⁹ Zaak C-418/02, *Praktiker Bau*, ECLI:EU:C:2005:425.

⁹⁰ Zie in dit verband overweging 2, 5 en 64 van considerans, alsmede artikel 3, derde lid, Drl.

het Hof in het kader van een inbreukprocedure. Op dit moment ligt een dergelijke vraag -voor zover wij weten- echter niet voor bij het Hof. Met het oog op deze onzekerheid is bij de behandeling van de casusposities in deel II van dit onderzoek hieronder rekening gehouden met het scenario dat detailhandel wel onder de Dienstenrichtlijn valt.

7.11. Welke nationale maatregelen vallen binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn?

Voor de beantwoording van deze vraag dient te worden aangeknoopt bij het begrip 'eis' in artikel 4, onder 7, Drl. Hieronder wordt verstaan: *'elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, de regels van beroepsorden of de collectieve regels van beroepsverenigingen of andere beroepsorganisaties, die deze in het kader van de hun toegekende juridische bevoegdheden hebben vastgesteld'*.

Uit deze definitie volgt in de eerste plaats dat in beginsel *elk* (wettelijk) voorschrift van een centrale of decentrale overheidsinstantie een eis kan bevatten in de zin van de richtlijn. Daarbij kan het gaan om een vergunningseis voor een dienstverrichter⁹¹, voorschriften voor het gebruik van apparatuur die voor de verrichting van een dienst noodzakelijk is, of om toestemmingsvereisten voor het afnemen van een dienst.⁹² De definitie reflecteert hiermee de rechtspraak in de arresten *Säger* en *Gebhard*, waarin het Hof aan de hand van het effect van een maatregel beoordeelt of er sprake is van een beperking van de markttoegang.

7.12. Ruimtelijke voorschriften en de Dienstenrichtlijn

Voor het bepalen van de reikwijdte van de richtlijn dient tevens te worden gewezen op overweging 9 uit de considerans.⁹³ Hierin staat in de eerste plaats dat de Dienstenrichtlijn alleen van toepassing is op *'eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'*.⁹⁴ Vervolgens is opgenomen dat de richtlijn *'derhalve niet van toepassing [is] op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en*

⁹¹ Onder 'vergunningstelsel' moet worden verstaan 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit' (artikel 1, sub 6, Drl). Regels vastgesteld in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door de sociale partners is onderhandeld, worden als zodanig niet als eisen in de zin van de richtlijn beschouwd.

⁹² Europese Commissie, Handboek 2007, p. 14.

⁹³ Zie onder meer B. Hessel, E. Perton en M. Schiebroek, *De Dienstenrichtlijn decentraal*, Sdu Uitgevers 2009, p. 57-60; Barnard 2008, p. 336-340; M. Klamert, 'Way to go? - More on the Services Directive and the fundamental freedoms', *Journal of Public law* 2009, p. 335-355; M. Klamert, 'Of empty Glasses and double burdens: Approaches to regulating the Services Market a propos the implementation of the Services Directive,' *Legal Issues of Economic Integration* 37, nr. 2, 2010, p. 111-132.

⁹⁴ In het eerste voorstel van de Commissie, bevatte artikel 4, sub 9: 'gecoördineerd gebied: elke eis inzake de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten'.

stedenbouw, en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen.'

Deze overweging roept de vraag op in hoeverre algemene regels, zoals ruimtelijke voorschriften, onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. In de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet (hierna: Regeling reikwijdte) is opgenomen dat onder meer eisen in bestemmingsplannen en beheersverordeningen onder de Dienstenwet, en dus de Dienstenrichtlijn, vallen (artikel 2, eerste lid, Regeling reikwijdte jo artikel 2 Dienstenwet). Ook een omgevingsvergunning in de zin van artikel 1.1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) kan onder de Dienstenwet vallen (artikel 2, tweede lid, Regeling reikwijdte).

Op basis van overweging 9 hanteert de Afdeling evenwel de vaste lijn dat de richtlijn in beginsel niet van toepassing is op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn.⁹⁵ De Afdeling gaat daarbij uit van het vermoeden dat de bestemmingsplanvoorschriften zijn ingegeven door ruimtelijke motieven, waardoor ze aan te merken zijn als voorschriften die de economische activiteit niet specifiek regelen of daarop van invloed zijn.⁹⁶ Het is aan belanghebbende om het tegendeel te bewijzen. In sommige zaken wordt dit vermoeden reeds bevestigd doordat wordt vastgesteld dat het voorschrift wordt ingegeven door ruimtelijke motieven zoals bereikbaarheid, de verkeersaantrekkende werking of de gevolgen voor het woonklimaat.⁹⁷ Dit doet zich met name voor als het gaat om brancheringseisen, aangezien die reeds op grond van artikel 3.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening uitsluitend in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. De Afdeling ziet bevestiging van haar standpunt in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Libert*, waarin het Hof eveneens onder verwijzing naar overweging 9 oordeelde dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was op een Vlaamse regeling aangaande de overdracht van onroerende goederen, onder meer omdat deze regeling doelstellingen van ruimtelijke ordening nastreefde.⁹⁸

De rechtspraak van de Afdeling is moeilijk te rijmen met het bepaalde in genoemde ministeriële regeling omtrent de reikwijdte van de Dienstenwet. Op dit moment bestaat er dus een discrepantie tussen de regelgeving enerzijds en de rechtspraak anderzijds. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie en gelet op de Regeling reikwijdte gaan wij er in het kader van dit onderzoek dan ook van uit dat ruimtelijke voorschriften wel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn (kunnen) vallen.

⁹⁵ ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4596, JOM 2011, 781, r.o. 2.3.2; ABRvS 8 februari 2012 ECLI:RVS:2012:BV3234; ABRvS 12 december 2012 ECLI:RVS:2012:BY5891

⁹⁶ ABRvS, 10 augustus 2011, LJN: BR4596; ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1298.

⁹⁷ ABRvS 2 mei 2012, AB 2012/153 m. nt. A.G.A. Nijmeijer; ABRvS, 8 februari 2012, ECLI: BV3234; ABRvS 12 december 2012, ECLI: BY 5891; ABRvS 31 oktober 2012, ECLI: BY1744; ABRvS 18 april 2012, AB 2012/152 m. nt. A.G.A. Nijmeijer.

⁹⁸ Gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11, *Libert*, ECLI:EU:V:2013:288.

8. Aan welke verkeersvrijheid moet worden getoetst in geval van samenloop?

Een nationale regeling kan voor meerdere vrijheden tegelijkertijd een belemmering opwerpen. Aan welke vrijheid moet een regeling in dat geval worden getoetst?

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is de hoofdregel dat een nationaal voorschrift slechts aan één verdragsvrijheid wordt getoetst. Indien een nationale maatregel verschillende verkeersvrijheden aantast, moet op basis van een ondergeschiktheidstoets worden onderzocht aan welke vrijheid de regeling moet worden getoetst. Het arrest *Omega* vormt hiervan een goed voorbeeld.⁹⁹ Hierin ging het om een verbod dat in Duitsland was opgelegd aan het bedrijf Omega om, kort gezegd, het lasergamen aan te bieden. Het Hof stelde vast dat dit verbod ingrijpt in de vrijheid van dienstverrichting. Voor de beoefening van het spel diende echter tevens specifieke uitrusting, zoals toestellen met laservizieren, te worden aangeschaft in het Verenigd Koninkrijk. Hierdoor had het verbod tevens gevolgen voor het vrije verkeer van goederen. Gelet op genoemde hoofdregel wilde het Hof de maatregel slechts vanuit het oogpunt van één van de toepasselijke vrijheden beoordelen en paste de ondergeschiktheidstoets toe. Het Hof concludeerde dat de vrijheid van dienstverrichting in dit geval voorrang had boven het vrije verkeer van goederen, omdat de beperking van de invoer van de goederen met betrekking tot de voor het specifiek van voor de verboden laserspelvariant ontworpen uitrusting, onvermijdelijk voortvloeide uit de beperking van de verrichte diensten. De maatregel werd dus niet afzonderlijk getoetst aan het vrij verkeer van goederen.¹⁰⁰

Indien één en dezelfde regeling evenwel twee verkeersvrijheden afzonderlijk van elkaar kan belemmeren zonder dat sprake is van een ondergeschikte positie, wordt een uitzondering op de hoofdregel gemaakt. In dat geval dient de regeling aan meerdere vrijheden te worden getoetst en hiermee in overeenstemming te zijn. Zo kan de situatie zich voordoen dat een bepaalde maatregel afzonderlijk zowel het vrije goederenverkeer als het vrije dienstenverkeer raakt en derhalve aan beide vrijheden moet worden getoetst. In het kader van de Dienstenrichtlijn kan dit ertoe leiden dat een nationale maatregel zowel getoetst moet worden aan hoofdstuk III als aan hoofdstuk IV.

9. Het vereiste van een grensoverschrijdende situatie

Voor de volledigheid merken wij op dat voor alle bovengenoemde vrijheden geldt dat deze uitsluitend van toepassing zijn indien er sprake is van een zogeheten grensoverschrijdende situatie.¹⁰¹ Een justitiabele kan zich derhalve uitsluitend op een verkeersvrijheid beroepen, indien hij van deze vrijheid

⁹⁹ Zaak C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614.

¹⁰⁰ Zaak C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, r.o. 27.

¹⁰¹ Hierover ook: E. Steyger, 'Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie', *SEW* 2014/2 (24), p. 66 -74.

gebruik heeft gemaakt of voornemens is dit te doen. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het Hof van Justitie al snel concludeert dat sprake is van een aanknopingspunt met het Unierecht.¹⁰²

Het vereiste dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdend element neemt niet weg dat het Unierecht van toepassing kan zijn op zuiver interne situaties wanneer op Europees niveau de verschillende nationale wettelijke voorschriften zijn geharmoniseerd door een richtlijn.¹⁰³ De normen uit de betreffende richtlijn gelden in dat geval, anders dan onder verdragsbepalingen, ook in de zuiver interne situatie met als gevolg dat nationale wetgeving ook in die gevallen aan de richtlijn moeten voldoen.¹⁰⁴ Op 9 juli 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een tweetal zaken prejudiciële vragen gesteld over de toepassing van hoofdstuk III betreffende de vrijheid van vestiging van de Dienstenrichtlijn in zuiver interne situaties. Ons inziens is het zeker niet uitgesloten dat het Hof deze vraag bevestigend zal beantwoorden, nu niet in de richtlijn duidelijk is opgenomen dat het bij vestiging moet gaan om vestiging in een andere lidstaat. Bovendien gaat het Handboek van het Directoraat Generaal van de Europese Commissie ervan uit dat hoofdstuk III van toepassing is in zuiver interne situaties. Dit zou betekenen dat een onderneming die in Amsterdam is gevestigd en een nieuw filiaal wil oprichten in Maastricht zich op de Dienstenrichtlijn zou kunnen beroepen om een bepaalde vestigingseis ter discussie te stellen. Als het Hof van Justitie deze conclusie deelt, levert dit een belangrijk verschil op tussen het regime onder de richtlijn en onder het primaire recht. Dienstverrichters die onder de richtlijn vallen kunnen zich dan in zuiver interne situaties wel op de richtlijn beroepen, terwijl dit voor een ondernemer die buiten de richtlijn valt, niet mogelijk is. De tekst van artikel 16 Drl maakt duidelijk dat de bepalingen in hoofdstuk IV betreffende het tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening wel uitsluitend van toepassing zijn in grensoverschrijdende situaties. Dit komt overeen met het primaire recht.

10. Conclusie ten aanzien van deel I

Uit Deel I van dit onderzoek blijkt primair dat naar onze mening de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de distributie van goederen. Dit beperkt het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn in die zin dat winkels, waaronder begrepen tuincentra, hypermarkten, bouwmarkten en dergelijke, geen beroep kunnen doen op de bepalingen van de Dienstenrichtlijn en dat de eisen die de Dienstenrichtlijn stelt niet op deze distributeurs van toepassing zijn.

Wel beperkt het recht van vestiging ontleend aan het Verdrag de mogelijkheden van lidstaten om eisen te stellen aan distributeurs van goederen die zich ergens willen vestigen, wanneer in de feiten

¹⁰² Zie Gevoegde zaken C-321/94, C-322/94, C-323/94, C-324/94, Pistre, ECLI:EU:C:1997:229; zaak C-448/98, Guimont, ECLI:EU:C:2000:663 (vrij verkeer van goederen).

¹⁰³ Bijvoorbeeld gev. zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/0, Rechnungshof, ECLI:EU:C:2003:294, r.o. 42; zie ook zaak C-225/09, Jakubowska, ECLI:EU:C:2010:729 (vrij verkeer van diensten).

¹⁰⁴ Zaak C-243/89, Commissie/Denemarken, ECLI:EU:C:1993:257 (Storebaelt); gev. zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/0, Rechnungshof, ECLI:EU:C:2003:294, r.o. 42.

van de zaak een grensoverschrijdend element een rol speelt. Distributeurs met een potentieel grensoverschrijdend belang kunnen een beroep doen op het recht van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 VWEU. Artikel 49 bevat een verbod van belemmeringen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie worden economische vestigingseisen niet getolereerd en zijn andere belemmeringen verboden, tenzij deze gerechtvaardigd kunnen worden door één van de in artikel 52 VWEU genoemde belangen dan wel door dwingende redenen van algemeen belang én geschikt en noodzakelijk zijn voor het te bereiken doel. Dit doel mag niet economische regulering zijn, maar mag wel betrekking hebben op, bijvoorbeeld, eisen betreffende milieubescherming, ruimtelijke ordening, evenwichtige spreiding van gezondheidsvoorzieningen en dergelijke. Het Hof stelt aan deze rechtvaardigingsgronden wel de eis dat deze systematisch en consistent worden toegepast.

De eis van grensoverschrijding zou primair in Nederland gevestigde bedrijven die elders in Nederland een vestiging willen openen ervan weerhouden om een beroep te doen op artikel 49 VWEU. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat ook eisen die in potentie het vrij verkeer kunnen belemmeren, onder omstandigheden getoetst kunnen worden aan artikel 49 VWEU. Dit is het geval wanneer de desbetreffende eisen in potentie ook gegadigden uit andere lidstaten kunnen treffen. Daarmee is de deur om ook in zuiver interne situaties een beroep te doen op artikel 49 VWEU enigszins opengezet.

Mocht het Hof alsnog oordelen (hoewel daarover op dit moment nog geen vraag is gesteld en de Nederlandse rechter de Dienstenrichtlijn niet van toepassing acht op de distributie van goederen) dat de Dienstenrichtlijn wel van toepassing op de distributie van goederen dan wordt de mogelijkheid van Nederlandse bedrijven om in Nederland belemmerende eisen aan te vechten aanmerkelijk groter. Dit geldt temeer als het Hof tot de conclusie komt dat hoofdstuk III van de richtlijn van toepassing is op zuiver interne situaties. Ons inziens is het zeker niet uitgesloten dat het Hof deze vraag bevestigend zal beantwoorden, nu niet in de richtlijn duidelijk is opgenomen dat het bij vestiging moet gaan om vestiging in een andere lidstaat. Bovendien gaat het Handboek van het Directoraat Generaal van de Europese Commissie ervan uit dat hoofdstuk III van toepassing is in zuiver interne situaties. In dat geval zouden ondernemingen die goederen verkopen, zoals bouwmarkten en supermarkten, net als andere dienstverleners die onder de richtlijn vallen, zich ook in de interne situatie kunnen beroepen op de richtlijnbeperkingen inzake vestiging van de Dienstenrichtlijn (hoofdstuk III). Of dit beroep inderdaad mogelijk is in een niet grensoverschrijdende situatie, is op dit moment voorwerp van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie.

Ook onder de Dienstenrichtlijn geldt dat niet-economische rechtvaardigingen zijn toegestaan: lidstaten houden de mogelijkheid om in het kader van bijvoorbeeld ruimtelijke ordening en milieu beperkingen te stellen. De mate waarin zij dit kunnen doen en de wijze waarop zij vooraf inzicht moeten geven in deze beperkingen is echter in de Dienstenrichtlijn aanmerkelijk nauwkeuriger omschreven dan in de op de primaire vrijheden gebaseerde jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Deel II: DE NEDERLANDSE RUIMTELIJKEORDENINGSPRAKTIJK EN BEOORDELING CASUSPOSITIES

11. Hoe is de ruimtelijke ordening in Nederland geregeld?

11.1 Inleiding

Uit deel I van dit rapport vloeit voort dat de Nederlandse ruimtelijkeordeningspraktijk om in ruimtelijke plannen eisen te stellen aan de vestiging van detailhandel zowel door het VWEU als de Dienstenrichtlijn begrensd is. Dit is uitsluitend toegestaan indien dit gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang en bovendien is voldaan aan de evenredigheidstoets. In het nu volgende deel II bezien we of het systeem van het Nederlandse ruimtelijkeordeningsrecht en de uitvoering daarvan, in overeenstemming zijn met deze begrenzings. Gelet op de onderzoeksopzet ligt daarbij de focus op de vraag of sprake is van economische vestigingseisen. Daartoe schetsen we eerst kort de hoofdlijnen van de ontwikkeling van het ruimtelijke detailhandelsbeleid, waarbij we focussen op de centrale rol die provincies spelen. Vervolgens gaan we in op de gemeentelijke en provinciale ruimtelijke ordeningsbevoegdheden waarmee het detailhandelsbeleid kan worden beïnvloed en geëffectueerd.

11.2 Het ruimtelijke detailhandelsbeleid

Op gemeentelijk niveau spelen allerlei tegenstrijdige zaken een rol bij het detailhandelsbeleid.¹⁰⁵ Enerzijds hechten gemeenten aan het in stand houden van kernwinkelgebieden in hun bebouwde kommen, waarbij rechtstreeks een verband is te leggen met ruimtelijke ordeningsmotieven. Lijdt een winkelgebied aan leegstand, dan ligt verpaupering op de loer, wat ernstige afbreuk doet aan de leefomgeving. Anderzijds hebben gemeenten in het verleden een actief grondbeleid gevoerd en hebben zij aanzienlijke grondposities ingenomen. In die omstandigheden is het verleidelijk om medewerking te verlenen aan plannen van ontwikkelaars waarbij nieuwe en grootschalige detailhandel wordt ontwikkeld, ook al zou die mogelijkwerijs het kernwinkelapparaat aantasten. Zulke ontwikkelingen kunnen dienen als kostendrager en de in het grondbedrijf optredende rentelasten beperken.

In het algemeen is het de vraag in welke mate nieuwe detailhandelsontwikkelingen bijdragen aan de ontwikkeling van leegstand in de kernwinkelgebieden. Daarbij spelen veel aspecten een rol, zoals de brancheverdeling in de nieuwe detailhandelsgebieden, de autonome groei van de winkelloppervlakte en de bevolkingskrimp in bepaalde gebieden.¹⁰⁶

Tegelijkertijd is duidelijk dat de ruimtelijke gevolgen van grootschalige detailhandel, die vaak is geprojecteerd in de perifere verstedelijkte gebieden, zich niet beperken tot het grondgebied van de

¹⁰⁵ D. Evers, Detailhandel en beleid: een continue wisselwerking, Planbureau voor de Leefomgeving, Den Haag 2011, p. 6 (Evers 2011).

¹⁰⁶ Zie www.pbl.nl/themasites/regionale-bevolkingsprognose/prognoses-in-beeld/bevolking, 2014.

gemeente van vestiging.¹⁰⁷ Bovendien zullen ontwikkelaars in een aantal gevallen een keuze kunnen maken uit vestigingslocaties in verschillende gemeenten, waardoor ze die gemeenten tegen elkaar kunnen uitspelen.

Deze factoren maken het noodzakelijk dat het beleid voor perifere detailhandel op een gemeente overstijgend niveau wordt gecoördineerd en gestuurd. Bij het ontbreken van een algemeen institutioneel regionaal niveau met eigen in de Wet op de ruimtelijke ordening (hierna: Wro) verankerde sturende bevoegdheden, valt die rol als vanzelf toe aan de provincie.¹⁰⁸ Van oudsher is daarom het beleid ten aanzien van de perifere detailhandel stevig verspijkerd geweest in de instrumenten die de provincies kunnen inzetten op het terrein van de ruimtelijke ordening.¹⁰⁹ Waar het op neerkomt, is dat het rijk zich op dit moment van regelgeving onthoudt, terwijl provincies het in het verleden door het rijk en henzelf geëntameerde beleid hebben ondergebracht in verordeningen waarmee zij in staat zijn om nieuwe ontwikkelingen op gemeentelijk niveau te sturen. Op hoofdlijnen is dit beleid in de verschillende provincies hetzelfde, maar er kunnen verschillen worden aangetroffen in gedetailleerdheid en hardheid.¹¹⁰

11.3 Detailhandel en goede ruimtelijke ordening

Leidend voor de vormgeving en de inrichting van ruimtelijke instrumenten op basis van de Wet ruimtelijke ordening is 'een goede ruimtelijke ordening'. Dit impliceert dat bij het toekennen van bestemmingen aan grond en gebouwen uitsluitend aspecten en belangen mee mogen worden afgewogen die een gevolg hebben voor de situeringsmogelijkheden van die bestemmingen en de inpasbaarheid daarvan ten opzichte van bestaande bestemmingen.¹¹¹ Dit heeft tot gevolg dat economische criteria die uitsluitend concurrentiebevordering of -bescherming tot doel hebben, buiten de ruimtelijke afweging moeten worden gehouden. Deze bestaande benadering is nog eens benadrukt doordat in het kader van de implementatie van de Dienstenrichtlijn via het Aanpassingsbesluit artikel 1.1.2 aan het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) is toegevoegd. Hierin is nog eens uitdrukkelijk bepaald dat bij het stellen van regels in, onder andere, een bestemmingsplan, of andere ruimtelijke voorschriften moet worden voorkomen dat strijdigheid ontstaat met artikel 14, aanhef en onder 5,

¹⁰⁷ Van oudsher wordt in het beleid onderscheid gemaakt tussen grootschalige detailhandel, waarbij het vooral gaat om handel in zogenaamde volumineuze artikelen, en perifere detailhandel, die onder tamelijk strikte brancheringseisen gevestigd werd op bedrijventerreinen. Zie Evers 2011, p. 11. Bij beide soorten gaat het om winkels die wat betreft bereikbaarheidseisen en assortiment niet goed passen in de centra van de bebouwde kommen. Ruimtelijk gezien is er geen noodzaak om in het beleid te differentiëren. Wij zullen daarom beide categorieën samenvoegen en spreken van perifere detailhandel.

¹⁰⁸ Dat neemt niet weg dat gemeenten via regionale samenwerkingsorganen afspraken kunnen maken ten aanzien van ontwikkelingen in de detailhandel die regionale gevolgen hebben. Zie bijvoorbeeld <http://www.stadsregioamsterdam.nl/beleidsterreinen/economie-0/onderdelen-economie/winkelplanning/>

¹⁰⁹ Zie voor een overzicht van de beleidsontwikkeling Evers 2011.

¹¹⁰ Evers 2011 bevat een overzicht van de inhoud van de provinciale regelingen. Sindsdien zijn weer wat jaren verstreken, maar het algemene beeld is niet veranderd.

¹¹¹ Zie P. van der Ree, 'Bestemmen met beleid in het licht van de paradox van s'Jacob', *BR* 1989, p. 575 e.v.

Drl.¹¹² Hiermee is beoogd buiten twijfel te stellen dat aan dergelijke besluiten ruimtelijke ordeningsmotieven ten grondslag moeten liggen en niet afhankelijk mogen worden gesteld van economische criteria. Het artikel vormt in feite een aanscherping van artikel 3.1.2, tweede lid, van het Bro, waarin reeds is opgenomen dat de planwetgever uitsluitend regels met betrekking tot branches van detailhandel en horeca mag opnemen in bestemmingplannen te behoeve 'van een goede ruimtelijke ordening'.¹¹³ Deze bepaling moet blijkens de nota van toelichting bij het Bro buiten twijfel stellen dat branchering weliswaar is toegestaan, maar dat deze moet worden gemotiveerd vanuit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit en niet louter kan zijn gegrond op argumenten van concurrentiebeperking. Dit nationale wettelijke kader met betrekking tot de vraag wat onder goede ruimtelijke ordening moet worden verstaan, sluit aldus aan op het Europeesrechtelijke verbod van economische criteria.

Artikel 3.1.2, tweede lid, Bro wordt ingegeven door de vaststelling dat de verschillende vormen van detailhandel over verschillende economische eigenschappen beschikken die verschillende ruimtelijk relevante gevolgen kunnen hebben. Zo maakt het nog wel wat uit of een verkooppunt voor autogas (LPG) in een woonomgeving wordt toegelaten of juist op een veilige afstand daarvan. Voor de toelaatbaarheid van een supermarkt moet aandacht worden besteed aan de mogelijkheden van lossen en laden en de aanwezigheid van ruime parkeergelegenheden. Het is met andere woorden noodzakelijk om regels te stellen ten aanzien van toegelaten branches als dat onderscheid in branches ruimtelijk relevant is ten opzichte van bestaande en nog te projecteren bestemmingen. Een ontwikkeling is ruimtelijk relevant als die gevolgen kan hebben voor de ruimtelijke kwaliteit van bestaande gebieden. We zouden het op een andere manier kunnen zeggen: een nieuwe ontwikkeling mag de leefbaarheid van die gebieden niet in gevaar brengen. Die leefbaarheid is in de bovenstaande voorbeelden rechtstreeks in het geding, namelijk doordat een ontploffingsrisico wordt geïntroduceerd, of doordat geluids- en verkeersoverlast ontstaat. Die leefbaarheid kan ook indirect in gevaar worden gebracht, en dit speelt vooral bij de introductie van nieuwe detailhandelsfuncties buiten reeds bestaande centrumgebieden. Zulke nieuwe functies kunnen leiden tot een verminderd economisch draagvlak van bestaande voorzieningen, waardoor leegstand en verval dreigen. Daarnaast en vaak in combinatie daarmee, kan de bereikbaarheid van belangrijke voorzieningen in geding komen. Van oudsher wordt daarom bij nieuwe ontwikkelingen onderzocht in hoeverre deze dreiging reëel is. Op basis van zulke onderzoeken kan vervolgens besloten worden om tot een zekere branchering te komen ten aanzien van nieuwe ontwikkelingen.

De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State sluit aan op het bovenstaande. Het is vaste rechtspraak van de Afdeling dat de gemeenteraad beleidsvrijheid heeft bij het aanwijzen van bestemmingen en dat de Wet ruimtelijke ordening er niet toe strekt om de vestiging

¹¹² Artikel VIII van het Aanpassingsbesluit Dienstenrichtlijn, (Stb. 2009, 500, p. 10).

¹¹³ Dit volgt ook uit de toelichting bij artikel 3.1.2 Bro (Besluit van 21 april 2008 tot uitvoering van de Wet ruimtelijke ordeningen (Besluit ruimtelijke ordening) (Stb. 2008, 145, p. 32)); zie G.H.J. Heutink, 'Branchering in de detailhandel en artikel 3.1.2 lid 2 Bro', *Gst.* 2009, 61.

van concurrerende bedrijven en hun verzorgingsgebied te beschermen. Concurrentieverhoudingen vormen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenpatroon zal voordoen die niet door dwingende reden wordt gerechtvaardigd. In de uitspraak van 10 juni 2009 heeft de Afdeling overwogen dat voor de vraag of er een duurzame ontwrichting zal ontstaan van het voorzieningenniveau geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag of overaanbod in het verzorgingsgebied en mogelijke sluiting van bestaande detailhandelsvestigingen zal ontstaan. Doorslaggevend is of voor de inwoners van een bepaald gebied een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft in die zin dat zij op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun dagelijkse inkopen kunnen doen. In de uitspraak van 2 december 2009 betreffende factory outlet in Halfweg past de Afdeling dit toe op 'geregelde inkopen'. Dit beoordelingskader heeft de Afdeling in de uitspraak van 18 september 2013 echter aangescherpt. De Afdeling overwoog hierin dat "anders dan in voornoemde uitspraken, voor de beoordeling van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau vanaf heden doorslaggevend is te achten of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften". Dit betekent volgens de Afdeling dat zich logischerwijs geen duurzame ontwrichting kan voordoen ten aanzien van activiteiten die naar hun aard geen voorzieningen zijn ten behoeve van een eerste levensbehoefte, zoals een speelgoedwinkel of fitnesscentrum. Inmiddels heeft de Afdeling tevens geoordeeld dat een supermarkt wel een eerste levensbehoefte is. Binnen de bestemmingsplannen en provinciale verordening wordt vaak onderscheid gemaakt tussen (grootschalige) perifere detailhandel buiten het centrum en andere vormen van detailhandel op de meer centrale plekken. Aan de vestiging van perifere detailhandel wordt dan een minimale brutoppervlakte gesteld. Dit kan onder meer verband houden met een optimale bereikbaarheid van de detailhandel en de parkeergelegenheid. De Afdeling heeft recentelijk geoordeeld dat dit onderscheid tussen perifere detailhandel en andere vormen van detailhandel in zijn algemeenheid niet onredelijk is, omdat de ruimtelijke effecten van perifere detailhandel verschillen van andere vormen detailhandel. Voor perifere detailhandel is veelal meer ruimte nodig.¹¹⁴ Daarnaast heeft perifere detailhandel veelal andere gevolgen voor de verkeersaantrekkende werking dan andere vormen van detailhandel. Gelet hierop acht de Afdeling het vereiste dat detailhandelsvestiging op gronden met de bestemming perifere detailhandel een bepaald minimaal brutovloeroppervlakte moet omvatten, een niet onredelijk, ruimtelijk relevant vereiste voor de vestiging van perifere detailhandel.

Ter motivering van besluiten omtrent vestiging van nieuwe detailhandel worden vaak distributieplanologische onderzoeken (hierna: dpo) uitgevoerd. Uit deze onderzoeken kan blijken of al dan niet sprake is van duurzame ontwrichting. Het zal duidelijk zijn dat deze onderzoeken niet louter betrekking kunnen hebben op de economische aspecten, waaronder begrepen concurrentieverhoudingen, maar dat zij de ruimtelijke gevolgen van de verandering in de economische verhoudingen in beeld moeten brengen.

¹¹⁴ ABRvS 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:430, r.o. 4.7.

11.4 Ladder duurzame verstedelijking

Tot nu toe hebben we achtergronden beschreven van het beleid ten aanzien van de inpasbaarheid en gevolgen van nieuwe detailhandelsfuncties. Er is echter een andere poot van het ruimtelijk beleid, die zo mogelijk nog belangrijker is, en die wordt gevormd door overwegingen van duurzaam ruimtegebruik. Er zijn verschillende dimensies. Per gemeente kan worden gezien of medewerking moet worden verleend aan een nieuw beslag op de ruimte, terwijl wellicht in de bestaande bebouwde kom locaties aanwijsbaar zijn waar de beoogde functie ook ingepast zou kunnen worden. Er is echter ook een gemeentegrens overschrijdende dimensie. Waarom zou medewerking moeten worden verleend aan een nieuwe ontwikkeling, terwijl elders in de regio voldoende ruimte voorhanden is om die te accommoderen?

Om deze overwegingen met betrekking tot duurzaam ruimtegebruik een formele basis te geven is in artikel 3.1.6 Bro de zogeheten 'ladder voor duurzame verstedelijking' is neergelegd.¹¹⁵ Deze ladder bevat een onderzoeksplicht voor het bevoegde gezag bij het vaststellen van een bestemmingsplan. Artikel 3.1.6, tweede lid, onder a, bepaalt dat in de toelichting bij een bestemmingsplan dat een nieuwe stedelijke vernieuwing mogelijk maakt, waaronder detailhandel, horeca en culturele voorzieningen, wordt beschreven dat de voorgenomen stedelijke ontwikkeling voorziet in een 'actuele regionale behoefte'.¹¹⁶ In het vierde lid van artikel 3.1.6 Bro wordt duidelijk gemaakt dat indien het onderzoek naar de actuele regionale behoefte ziet op de vestiging van een dienst als bedoeld in artikel 1 van de Dienstenwet, dit onderzoek slechts tot doel mag hebben om na te gaan of de vestiging van een dienst in overeenstemming is met goede ruimtelijke ordening.¹¹⁷ Daar waar 1.1.2 Bro ziet op het ruimtelijk besluit zelf, richt artikel 3.1.6 Bro zich op de toelichting van een ruimtelijk besluit.

11.5 Tussenconclusie

Al met al kan worden geconcludeerd dat het wettelijk kader in de Nederlandse rechtsorde in overeenstemming is met de richtlijn. Gelet op de wettelijke voorschriften en de rechtspraak zou nakoming van de richtlijn, in het bijzonder artikel 14, aanhef en onder 5, en artikel 15 Drl, moeten kunnen worden gewaarborgd.

In het licht van het voorgaande kan nog worden gewezen op de uitspraak van 11 december 2013,¹¹⁸ waarin het college een projectbesluit heeft genomen ten behoeve van het oprichten van een bouw- en

¹¹⁵ Artikel II van het Besluit van 28 augustus 2012, houdende wijziging van het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening en van het Besluit ruimtelijke ordening in verband met de toevoeging van enkele onderwerpen van nationaal ruimtelijke belang, (Stb. 2012, 388); Zie ook <http://ladderverstedelijking.minienm.nl/#detailhandel>

¹¹⁶ ABRvS 6 november 2013, Gst. 2014/41 mt. nt. Van P.C.M. Heinen en J.M.H.F. Teunissen, Begrippen 'nieuwe stedelijke ontwikkeling' en 'actuele regionale behoefte' ex artikel 3.1.6 lid 2 Bro; ABRvS 5 februari 2014, ECLI: NL:RVS:2014:302, JM 2014/55 m.nt. J.S. Haakmeester.

¹¹⁷ Besluit van 16 mei 2014 tot wijziging van het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening en het Besluit ruimtelijke ordening (buisleidingen van nationaal belang voor het vervoer van gevaarlijke stoffen alsmede het aanbrengen van enkele verbeteringen), (Stb. 2014/174).

¹¹⁸ ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2345.

tuinmarkt, drive-in en buitenverkoop in Geleen. Aan Hornbach is een bouwvergunning verleend voor de oprichting hiervan. Concurrent Stegabo was hiertegen in beroep gegaan bij de rechtbank. De rechtbank had onder andere geoordeeld dat het projectbesluit in strijd was met de retailstructuurvisie ten aanzien van het maximale vloeroppervlakte van Doe-Het-Zelf (hierna: DHZ)-vestigingen, waarin was opgenomen dat om de huidige spreiding en diversiteit in bouwmarkten te houden, de vestiging van een bouwmarkt groter dan 5000m² niet gewenst was. Er zouden alleen aanvragen in behandeling worden genomen voor winkels met een maximum DHZ-winkelvloeroppervlak van 5000 m² onder de voorwaarden dat een aanvullend te verrichten distributieplanologisch onderzoek uitwijst dat de spreiding van de DHZ locaties niet in gevaar komt en er geen sprake is van ontwrichting van de aanbodstructuur. In de verschillende rapporten wordt gesproken van 'marktruimte' en 'economische uitbreidingsruimte'. De toevoeging van 5000m² zou effect hebben op de omzet van de bestaande DHZ-winkels.

De Afdeling maakt korte metten met deze uitgangspunten. De Wro strekt er niet toe bedrijven tegen de vestiging van concurrerende bedrijven in hun verzorgingsgebied te beschermen.

Concurrentieverhoudingen vormen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zal voordoen die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd.

De Afdeling herinnert vervolgens aan de nieuwe lijn dat voor de beoordeling van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau doorslaggevend is te achten of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Dat betekent dat alleen een mogelijke ontwrichting ten aanzien van eerste levensbehoeften ruimtelijk relevant wordt geacht. De aantasting van het voorzieningenniveau van andere behoeften is op zichzelf geen reden om planologische medewerking te weigeren aan een besluit. Een bouwmarkt draagt naar zijn aard niet bij aan de mogelijkheid te voorzien in de eerste levensbehoeften. Uit de aan de beleidsregels ten grondslag gelegde stukken kon echter worden opgemaakt dat aan de vaststelling van het maximale DHZ-winkelvloertoppervlakte van 5000m² het voorkomen van duurzame ontwrichting van de aanbodstructuur en, in dat licht, het behouden van de spreiding en diversiteit in bouwmarkten ten grondslag ligt. Nu de beleidsregel berust op het motief om concurrentieverhoudingen te beschermen en buiten de gevallen valt waarin dat motief wegens gevaar van een duurzame ontwrichting gerechtvaardigd kan zijn, strekt de beleidsregel niet ter bescherming van het belang van een goede ruimtelijke ordening. De beleidsregel moest dan ook buiten toepassing worden gelaten. Ook de nieuwe beleidsregel die wordt vastgesteld berust op een motief om concurrentieverhoudingen te beschermen en moet derhalve buiten toepassing gelaten worden.

Bovenstaande uitspraak laat zien dat in de retailstructuurvisie met de richtlijn strijdige eisen worden gesteld, namelijk een brancheringseis die is ingegeven door concurrentiebescherming. Deze eisen zijn door het college echter niet toegepast. Daarnaast blijkt dat de Afdeling reeds op basis van het nationale recht (het criterium 'goede ruimtelijke ordening') tot de conclusie komt dat deze buiten toepassing moeten worden gelaten nu zij niet in het belang zijn van goede ruimtelijke ordening.

Opgemerkt moet worden dat nu de mogelijkheid tot branchering door de Afdeling lijkt te zijn beperkt teneinde een duurzame ontwrichting te voorkomen tot branches die voorzien in een eerste levensbehoefte, dit ook geldt voor de mogelijkheid om een dpo op te laten stellen. Ten aanzien van detailhandel die geen eerste levensbehoeften aanbieden is de mogelijkheid tot het verlangen van een dpo zeer beperkt. Zoals hierboven reeds geconcludeerd, is een dpo ook naar nationaal recht slechts mogelijk ten behoeve van een ruimtelijke ordening.

12. Ruimtelijke orderingsbevoegdheden van gemeente en provincie

Wat hiervoor is opgemerkt ten aanzien van het beleid en de regelgeving ten aanzien van detailhandel en ruimtelijke ordening, komt in de eerste plaats tot uitdrukking op gemeentelijk niveau. Het systeem van de Nederlandse ruimtelijke ordening kent namelijk een gedecentraliseerd karakter. Uitsluitend op gemeentelijk niveau kunnen wettelijke voorschriften worden vastgesteld waardoor burgers worden gebonden.¹¹⁹ De binding vloeit voort uit art. 2.1, eerste lid, onder a en c, Wabo, in verbinding met art. 2.10, eerste lid, onder c, Wabo. Door dit systeem is bouwen, behoudens een aantal uitzonderingen, aan een vergunningplicht onderworpen, evenals gebruik in strijd met een bestemmingsplan. Het bestemmingsplan dient als verplicht toetsingskader voor de aanvraag van de desbetreffende vergunningen. Burgemeester en wethouders kunnen op grond van art. 2.12, eerste lid, onder a, Wabo in een aantal gevallen vergunning verlenen om af te wijken van een bestemmingsplan (afwijkingsvergunning). Het geldende planologische regime wordt daardoor ten behoeve van een nieuwe ontwikkeling buiten werking gezet. Uiteraard kan dit ook gebeuren door herziening van het geldende bestemmingsplan.

Hoewel het Nederlandse systeem van de ruimtelijke ordening gedecentraliseerd is, bestaat van oudsher de mogelijkheid dat zowel rijk als provincie interveniëren in de gemeentelijke ruimtelijke ordening. In de loop van de tijd zijn die bevoegdheden in aantal en doeltreffendheid toegenomen. Zo hebben zowel het rijk als de provincies de bevoegdheid om zogenaamde inpassingsplannen vast te stellen, die de verschijningsvorm van een bestemmingsplan hebben en ook als zodanig functioneren. Verder is er voor beide overheden de mogelijkheid om de gemeenteraden te verplichten bestemmingsplannen op een bepaalde wijze te herzien gebaseerd op de artikelen 4.1, eerste lid, en 4.3, eerste lid, Wro. Ze bevatten regels ten aanzien van de inhoud van bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen waarmee op grond van art. 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 2° of 3°, van de Wabo van bestemmingsplannen kan worden afgeweken. Bestemmingsplannen moeten op grond van artikel 4.1, tweede lid, Wro binnen een bij de verordening te bepalen termijn worden aangepast aan de verordening. Wij laten dit aspect van de regeling verder buiten beschouwing en beperken ons tot de werking waar het gaat om het vaststellen van nieuwe bestemmingsplannen en het verlenen van afwijkingsvergunningen. In dat kader gaat het vooral om de op art. 3.8, zesde lid, Wro gebaseerde

¹¹⁹ Korthedshalve laten wij de mogelijkheid van het vaststellen van inpassingsplannen door Rijk of provincie buiten beschouwing, evenals de mogelijkheid om rechtstreeks werkende regels op te nemen in de op grond van art. 4.1 en 4.3 vast te stellen algemene regels van provincie en rijk.

bevoegdheid voor de gedeputeerde staten van de provincie om de gemeenteraad een aanwijzing als bedoeld in artikel 4.2 Wro te geven, inhoudende dat een bepaald onderdeel van een bestemmingsplan geen deel uitmaakt van dat plan (reactieve aanwijzing). Een vergelijkbare bevoegdheid is opgenomen in artikel 3.13, tweede lid, Wabo voor afwijkingsvergunningen. Voorwaarde om van deze bevoegdheid gebruik te maken, is dat Gedeputeerde Staten naar aanleiding van het voorgenomen besluit een zienswijze naar voren hebben gebracht, terwijl deze zienswijze niet (volledig) is verwerkt in het definitieve besluit. In deze zienswijze kunnen gedeputeerde staten tot uitdrukking brengen dat het voorgenomen besluit in strijd is met de provinciale verordening, en een reactieve aanwijzing in het vooruitzicht stellen.

Zienswijzen van de provincie komen nooit uit de lucht vallen. Over alle belangrijke ruimtelijke ontwikkelingen wordt door provincies en gemeenten op ambtelijk en bestuurlijk niveau overleg gepleegd, waarbij uiteraard ook de interpretatie van de verordening een rol speelt en de mogelijkheid om eventueel ontheffing te verlenen van de verordening. Deze ontheffingsbevoegdheid is gebaseerd op art. 4.1a Wro. Gedeputeerde staten kunnen ervan gebruik maken voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen.

Als uiteindelijk geen overeenstemming wordt bereikt en er volgt een aanwijzing, dan is er voor de gemeenteraad de mogelijkheid om het geschil voor te leggen aan de bestuursrechter.

Tot zover het wettelijk kader op het gebied van ruimtelijke ordening en detailhandel en de bevoegdheden van de gemeente en de provincie. Ten aanzien van deze bevindingen kan niet worden geconcludeerd dat het nationale ruimtelijke ordeningsbeleid ten aanzien van de vestiging van detailhandel economische criteria hanteert. De ruimtelijke ordening is naar nationaal recht slechts mogelijk met het oog op een goede ruimtelijke ordening en duurzaam gebruik van de ruimte.

In de casusposities hierna zal blijken of ook in de gemeentelijke praktijk wordt voldaan aan de eisen van het Unierecht.

13. De Casusposities

13.1 Inleiding

Voorafgaand aan de casusposities merken wij het volgende op.

De casusposities zien allemaal op voorschriften op het gebied van ruimtelijke ordening, in het bijzonder op ruimtelijke voorschriften die betrekking hebben op vestiging van (grootschalige) perifere detailhandel. Zoals in deel I uiteengezet, kan men van mening verschillen of deze voorschriften wel onder de Dienstenrichtlijn vallen. Wij gaan ervan uit dat dit in zijn algemeenheid wel het geval is, reeds omdat in artikel 2 van de Regeling vaststelling indicatieve reikwijdte Dienstenwet jo artikel 2, tweede

lid, Dienstenwet is bepaald dat de richtlijn en deze wet van toepassing kunnen zijn op onder meer eisen in bestemmingsplannen als bedoeld in artikel 3:1 Wro en omgevingsvergunningen.

De casusposities zijn in grote lijnen terug te voeren tot een tweetal situaties: 1. Er is sprake van een algemene regel op het gebied van ruimtelijke ordening die het recht op vrij verkeer van een onderneming zou kunnen beperken en/of 2. Er is sprake van een onderneming aan wie een vergunning is geweigerd op basis ruimtelijke voorschriften. Voor ons onderzoek betekent dit het volgende. Primair moeten wij de maatregel kwalificeren: gaat het hier om een algemene regel of een concrete weigering van een vergunning. Na deze kwalificatie moeten wij onderzoeken of de maatregel, dan wel de activiteit waarvoor de vergunning is geweigerd, onder de Dienstenrichtlijn valt. Voorts zullen wij, ook indien de maatregel c.q. de weigering van de vergunning naar onze mening niet onder de Dienstenrichtlijn zou vallen, bezien of de maatregel dan wel de weigering van de vergunning, als verboden beperking zou moeten worden aangemerkt.

In dit onderzoek gaan wij uit van het materiaal dat door het Ministerie van Infrastructuur en Milieu is aangeleverd. Vanwege de beperkte tijd die ons ter beschikking stond hebben wij geen verder onderzoek gedaan naar eventuele onderliggende dossiers, voor zover deze überhaupt in het publieke domein te vinden zouden zijn geweest. Dit levert een voorbehoud op, te weten dat wij op basis van de aangeleverde stukken geen definitief oordeel kunnen geven over de precieze kwalificatie van de casusposities en eventuele uitkomsten in een juridische procedure. Voor zover nadere stukken wel vindbaar zijn via internet zijn deze meegenomen voor zover deze relevant waren. Dit is duidelijk aangegeven.

Bij het onderzoek gaan wij uit van het Europeesrechtelijk wettelijk kader zoals dat in deel I van het onderzoek is geschetst. Dit betekent dat wij uitgaan van de volgende premissen: distributie van goederen valt, op basis van de huidige stand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, onder het vrij verkeer van goederen en niet onder dat van diensten. Op het vrij verkeer van goederen is de doctrine van toepassing dat verkoopmodaliteiten van toepassing, mits zij zonder onderscheid van toepassing zijn en geïmporteerde producten niet méér benadelen dan nationale producten niet onder de reikwijdte van artikel 34 VWEU vallen.

In het onderstaande behandelen we de diverse casusposities.

Casuspositie 1: Outlet center Zevenaar

▪ De feiten

In case 1 gaat het om de totstandkoming van een regeling die een nadere uitwerking vormt van het bestemmingsplan “Groot Holthuizen en Hengelder II”, dat de ontwikkeling mogelijk moet maken van een outletcentrum in Zevenaar. Dit centrum zal bestaan uit een Factory Outlet Center (hierna: FOC) en

een Leisurepark. Met het oog hierop heeft het gemeentebestuur van Zevenaar met toepassing van artikel 3.6 van de Wro een ontwerp uitwerkingsplan “Spoorallee” ter inzage gelegd. Met dit plan wordt beoogd een uitwerking te geven aan het bestemmingsplan.

Uit de knelpuntenanalyse die bij de door het ministerie aangeleverde stukken is gevoegd, blijkt het volgende. De plannen gaan voor de ontwikkeling van het FOC uit van maximaal 15.000m² bruto vloeroppervlak (bvo). Hieronder vallen branches als mode, sport en schoenen. Het gedeelte Leisure beslaat ongeveer een gelijk aantal vloeroppervlakte, waaronder horeca, hotel, fitness en een kinderspeelhal.

Ten behoeve van het plan heeft de gemeente een ‘economische haalbaarheids- en effectenanalyse’ laten uitvoeren door een bureau.¹²⁰ Hierin is, zo blijkt uit de knelpuntenanalyse, vastgesteld dat het plan weliswaar tot omzetverschuiving zal leiden voor bepaalde branches maar niet tot ontwrichting van de detailhandelsstructuur.

Uit deze analyse blijkt ook dat er geen detailhandelsstructuurvisie is ter onderbouwing van het plan. Tenslotte blijkt uit de knelpuntenanalyse dat sprake is van een regionale afstemming binnen de stadsregio Arnhem Nijmegen. De afspraken zijn neergelegd in het Regionaal Programma Detailhandel (RPD) Stadsregio Arnhem van 24 oktober 2013. Een van de afspraken in het RPD is de komst van de sportwinkel Decathlon op een perifere locatie (Rijnhal) in het nabijgelegen Arnhem.¹²¹ Uit onderzoek blijkt dat met de komst van deze Decathlon de marktruimte voor de sportwinkels in de regio is opgesoupeerd. Hiermee is in het programma van de FOC geen rekening gehouden. Volgens de knelpuntenanalyse maakt dit dat de komst van FOC in strijd is met het RPD.

De provincie Gelderland verzet zich tegen de plannen van de gemeente Zevenaar, zo blijkt uit nadere informatie op internet, waaronder website van de provincie Gelderland.¹²² Gedeputeerde staten hebben ten aanzien van het uitwerkingsplan een zienswijze ingediend, aangezien de provincie grote nadelige gevolgen voor Zevenaar en andere binnensteden in de regio voorziet. Naar aanleiding hiervan zijn tussen de gemeente Zevenaar, de provincie en de stadsregio gesprekken gevoerd.¹²³ Dit heeft ertoe geleid dat een onderzoeksrapport is opgesteld.¹²⁴ De gemeente Zevenaar en de provincie Gelderland hebben op basis van dit onderzoek de achterban geraadpleegd. Het onderzoek heeft de gemeente en de provincie evenwel niet nader tot elkaar gebracht.¹²⁵

¹²⁰ Goudappel Coffeng, Haalbaarheids- en effectanalyse leisurepark Spoorallee Zevenaar, 22 mei 2014, SBA016/Hft/0077.01.

¹²¹ Zie casuspositie 3.

¹²² <http://www.gelderland.nl/4/actueel/Nieuws/Nieuwsarchief/2014/2014-3e-kwartaal/Provincie-dient-zienswijze-in-tegen-plan-outlet-Zevenaar.html>.

¹²³ http://www.zevenaar.nl/internet/spoorallee_42635/.

¹²⁴ I en O research, ‘Feitenonderzoek Factory Outlet Zevenaar. Studie naar kansen en bedreigingen voor de regio’. Januari 2015, rapportnummer 2015/3. In te zien via http://www.zevenaar.nl/internet/spoorallee_42635/.

¹²⁵ Persbericht 24 februari 2015: http://www.zevenaar.nl/internet/persberichten_295/item/24-02-2015-outletonderzoek-brengt-zevenaar-en-provincie-niet-tot-elkaar_35953.html?previewcode=c3a291a7aa508e4a8435d1a8cb9e64ed&preview=1&stukid=35953

De gemeente wil de ontwikkeling van het centrum doorzetten.¹²⁶ Het is een toevoeging van een toeristische trekker voor de regio en geeft een impuls aan de lokale en regionale economie. Dat de komst van een outletcentrum ook negatieve effecten zal hebben is duidelijk: berekeningen in de twee verschillende onderzoeksrapporten blijkt dat winkels die mode, sportartikelen en schoenen aanbieden er mogelijk 3% tot 8% op achteruit gaan. Door deze effecten is echter geen duurzame ontwrichting in de detailhandelsstructuur te verwachten in Zevenaar of de regio. Er wordt gewerkt aan een centrumvisie. Onderzocht wordt hoe eventuele negatieve effecten van een FOC kunnen worden tegengegaan.

De provincie gaat op zoek naar juridische mogelijkheden om het outletcentrum een halt toe te roepen. De provincie maakt zich zorgen over de leegstand als gevolg van verdringing onder mode- schoenen- en sportzaken die ten koste gaat van de vitale binnensteden. Daarnaast maakt de provincie zich zorgen over de houdbaarheid van outletcentra. Bovendien investeert de provincie miljoenen in stedelijke herverkaveling en financiële impulsen om de binnensteden en dorpskernen vitaal te houden.¹²⁷

▪ **Het nationale ruimtelijke ordeningskader**

Ingevolge het bestemmingsplan “Groot Holthuizen en Hengelder II” is de beoogde bestemming “Gemengd” en biedt het een planologische basis van de ontwikkeling van een Leisurepark en Factory Outlet Center in het plangebied. Het uitwerkingsplan is dus in overeenstemming met het bestemmingsplan.

Zoals hierboven uiteengezet, dient het uitwerkingsplan -naar nationaal recht- daarnaast te voldoen aan de provinciale verordening die de Provinciale Staten op grond van artikel 4.1 Wro hebben vastgesteld, de zogeheten Omgevingsverordening. Indien dit niet het geval is, loopt de gemeente Zevenaar het risico dat de Gedeputeerde Staten van de provincie een reactieve aanwijzing geven die de gemeente ertoe verplicht om de Gelderse Omgevingsverordening in acht te nemen.

Op grond van de Omgevingsverordening mogen detailhandelsvoorzieningen slechts op perifere detailhandelslocaties worden toegestaan indien deze vanwege specifieke ruimtelijk eisen – volumineuze goederen- en veiligheidseisen binnenstedelijke winkelcentra moeilijk inpasbaar zijn. Daarbij kan worden gedacht aan tuinentra, bouwmarkten, meubelwinkels, en handel in auto’s in boten en detailhandel. Bovendien is op perifere detailhandelslokaties grootschalige detailhandelsvoorzieningen met een bovenlokale functie en een bruto vloeroppervlakte van meer dan 1500 m² slechts toegestaan als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden. In het RPD is echter vastgelegd dat uitsluitend in de Rijnhal een grootschalige sportwinkel mag worden gevestigd.

¹²⁶ Persbericht 24 februari 2015: http://www.zevenaar.nl/internet/persberichten_295/item/04-03-2015-college-zevenaar-gaat-voor-outlet-op-spoorallee_36025.html?previewcode=e7df2cc81300db3cff24e3ef47088d84&preview=1&stukid=36025. Idem: <http://www.gelderland.nl/4/gelderlandleeft/gelderlandleeft-Outletonderzoek-brengt-Zevenaar-en-provincie-niet-tot-elkaar.html?highlight=outlet>.

¹²⁷ Persbericht 4 maart 2015: http://www.zevenaar.nl/internet/persberichten_295/item/24-02-2015-outletonderzoek-brengt-zevenaar-en-provincie-niet-tot-elkaar_35953.html?previewcode=c3a291a7aa508e4a8435d1a8cb9e64ed&preview=1&stukid=35953.

Dit betekent dat de komst van de FOC niet is afgestemd in het RPD en dus in strijd is met artikel 2.3.3.2, derde lid van de Omgevingsverordening.

In het kader van het onderzoek zijn onder meer de volgende bepalingen van de Omgevingsverordening van de Provincie Gelderland relevant.

Artikel 2.3.3.1 Detailhandel

- 1. In een bestemmingsplan worden geen nieuwe locaties voor detailhandel mogelijk gemaakt die leiden tot een duurzame ontwrichting van de bestaande detailhandelstructuur.*
- 2. Voor zover er voor het betreffende gebied een regionale afspraak is gemaakt over de programmering van detailhandel, is de bestemming detailhandel in een bestemmingsplan alleen mogelijk als deze ontwikkeling niet in strijd is met de door Gedeputeerde Staten vastgestelde regionale afspraak.*
- 3. In de toelichting bij het bestemmingsplan wordt aangegeven hoe een nieuwe detailhandelontwikkeling zich verhoudt tot het bepaalde in het eerste lid en een eventuele intergemeentelijke samenwerking op het gebied van detailhandel.*

Artikel 2.3.3.2 Perifere detailhandellocaties

- 1. In een bestemmingsplan kunnen detailhandelsvoorzieningen slechts op perifere detailhandellocaties worden toegestaan indien deze vanwege specifieke ruimtelijke eisen - volumineuze goederen - en veiligheidseisen binnenstedelijk moeilijk inpasbaar zijn.*
- 2. In een bestemmingsplan wordt vestiging van detailhandel in voedings- en genotsmiddelen op perifere locaties niet toegestaan.*
- 3. In aanvulling op het bepaalde in het eerste lid zijn op perifere detailhandellocaties, grootschalige detailhandelsvoorzieningen met een bovenlokale functie en een bruto vloeroppervlak van meer dan 1500 m², slechts toegestaan als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden.*

In de toelichting bij deze bepalingen staat het volgende:

Detailhandel (paragraaf 2.3.3)

Ons beleid voor detailhandel is onderdeel van het verstedelijkingsbeleid, zoals aangegeven in de Omgevingsvisie. Het doel van het beleid is het behoud van een evenwichtige en toekomstbestendige detailhandelstructuur in Gelderland die bijdraagt aan de vitaliteit van steden en dorpen. De positie van de bestaande winkelgebieden staat centraal. Het vernieuwen en aanpassen van bestaande winkelgebieden aan een afnemende vraag naar winkels en nieuwe marktontwikkelingen heeft prioriteit. Met het

toevoegen van nieuw winkeloppervlak wordt zeer terughoudend omgegaan. Nieuwe locaties voor detailhandel mogen niet leiden tot een duurzame ontwrichting van de bestaande detailhandelstructuur (artikel 2.3.3.1 eerste lid). Hieronder verstaan wij de negatieve gevolgen van overcapaciteit en leegstand op het woon-, leef- en ondernemingsklimaat in de omgeving van de bestaande winkels in wijken en centra. Voor nieuwe locaties is de Gelderse ladder voor duurzaam ruimtegebruik van toepassing zoals opgenomen in de omgevingsvisie. Daarbij moet tevens onderbouwd worden dat nieuwe locaties niet ten koste gaan van de bestaande detailhandelstructuur (2.3.3.1 derde lid).

Regionale afstemming en samenwerking

Als provincie willen we regionale afstemming en samenwerking met betrekking tot detailhandel stimuleren en faciliteren. Dit geldt in de eerste plaats voor (grootschalige) detailhandel met een bovenlokale functie, maar regionale afstemming kan ook gewenst zijn voor andere detailhandelontwikkelingen (bijvoorbeeld ten aanzien van stadsdeelcentra of internetafhaalpunten).

Om regionale afstemming te faciliteren bieden we regio's de mogelijkheid om regionale afspraken vast te leggen in een regionaal programma detailhandel (RPD). De artikelen 2.3.3.1, tweede en derde lid en 2.3.3.2, derde lid zorgen voor een juridische verankering van de regionale afspraken doordat grootschalige detailhandelvoorzieningen met een bovenlokale functie slechts toegestaan zijn als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden. Voor normale detailhandel geldt dat voor zover er voor het betreffende gebied een regionale afspraak is gemaakt over de programmering van detailhandel, de bestemming detailhandel in een bestemmingsplan alleen mogelijk is als deze ontwikkeling niet in strijd is met de door Gedeputeerde Staten vastgestelde regionale afspraken ten aanzien van de programmering van detailhandel.

Perifere detailhandellocaties (artikel 2.3.3.2)

Specifiek voor perifere detailhandellocaties is beleid geformuleerd. Een perifere detailhandellocatie is een locatie buiten binnenstedelijke winkelcentra, veelal aan de randen van de steden. Detailhandel kan alleen op een perifere locatie worden toegestaan wanneer dit uit oogpunt van ruimte of veiligheid vereist is. Gedacht kan worden aan detailhandel in volumineuze goederen zoals bijvoorbeeld tuincentra, bouwmarkten, meubelwinkels, en handel in auto's en boten en detailhandel die uit veiligheidsoverwegingen niet in winkelgebieden kan worden gevestigd.

In beperkte mate willen we ruimte bieden aan detailhandel met een regionaal verzorgingsgebied op grote perifere locaties. Over de opvang van bovenlokale grootschalige detailhandel op perifere detailhandellocaties dient regionale afstemming plaats te vinden. Onder grootschalig verstaan we hier detailhandel met een bruto vloeroppervlak van meer dan 1500 m².

Voor nieuwe detailhandelontwikkelingen geldt de Gelderse ladder voor duurzaam ruimtegebruik zoals opgenomen in de omgevingsvisie waarbij inzicht moet worden gegeven in de regionale behoefte zowel kwantitatief als kwalitatief. Ook dient in het bestemmingsplan de omvang, fasering van de ontwikkeling en branchering concrete aangegeven te worden.

▪ **Ten aanzien van de onderzoeksvragen**

1. *In hoeverre valt deze situatie onder de Dienstenrichtlijn?*

Deze casuspositie ziet op een ruimtelijk voorschrift, een nadere uitwerking van het bestemmingsplan, dat de ontwikkeling mogelijk moet maken van een outletcentrum. Om te bepalen aan welk regime deze casuspositie moet worden getoetst, moet mogelijk onderscheid worden gemaakt tussen de activiteiten in het kader van de FOC enerzijds en het Leisurepark anderzijds. Op het eerste gezicht is het niet zo dat het Leisurepark aanmerkelijk groter is dan het FOC of omgekeerd; qua vloeroppervlakte zijn zij ongeveer gelijk. Er lijkt met andere woorden geen ondergeschiktheid van de ene activiteit ten opzichte van de andere.

Bij leisure-activiteiten gaat het voornamelijk om dienstverrichting zoals een hotel, een kinderspeelhal, en horeca, terwijl het FOC de verkoop van goederen betreft, zoals schoenen en kleding. Dit heeft tot gevolg dat het leisurepark binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt, terwijl het FOC goederen distribueert in de zin van artikel 34 VWEU.

Het is op voorhand niet in te schatten in hoeverre de twee activiteiten met elkaar verbonden zijn, in die zin dat de komst van het Leisurepark afhankelijk is van het FOC en omgekeerd. Van een dergelijke afhankelijkheid is bijvoorbeeld sprake als het gaat om een plan dat ziet op de ontwikkeling van één attractiepark. Zoals gezegd is de omvang van de diensten en de verkoop van goederen blijkens de knelpuntenanalyse ongeveer gelijk.

Indien moet worden aangenomen dat de twee onderdelen inderdaad onderling afhankelijk zijn betekent dit dat, gezien het feit dat er dienstverlening bij is betrokken, de gemeentelijke en provinciale regels die hierop betrekking hebben hoe dan ook in zijn geheel moeten voldoen onder hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn betreffende vestiging.

Indien moet worden aangenomen dat er geen onderlinge onafhankelijkheid bestaat tussen de onderdelen moeten de betrokken regelingen met betrekking tot het FOC worden getoetst aan de regels op het gebied van de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikel 49 VWEU, althans voor zover er sprake is van grensoverschrijdend verkeer. Voor zover de regelingen zien op vestiging van dienstverrichters dient te worden getoetst aan de bepalingen in hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Kortom, de situatie valt in ieder geval gedeeltelijk onder de Dienstenrichtlijn.

Het voorgaande ziet op de situatie dat de verkoop van goederen geen dienstverrichting is in de zin van de Dienstenrichtlijn. Indien we evenwel uitgaan van de fictie dat detailhandel zoals schoenen en mode

wel onder de richtlijn valt, zou dit betekenen dat de het plan, los van de vraag of zich onderlinge afhankelijkheid voordoet, in zijn geheel aan de Dienstenrichtlijn zou moeten worden getoetst.

2. *In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van deze eisen, er van uit gaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als dienst in de zin van de richtlijn?*

Voor zover ervan moet worden uitgegaan dat de plannen en regelingen met betrekking tot het gehele outletcentrum (bijvoorbeeld vanwege de onderlinge afhankelijkheid) wel onder de Dienstenrichtlijn vallen, geldt het volgende.

Vooropgesteld moet worden dat voor een beantwoording van deze eerste vraag onderscheid dient te worden gemaakt tussen de voorschriften van de gemeente Zevenaar in het “uitwerkingsplan Spoorallee” en de provinciale Omgevingsverordening waaraan dit plan moet voldoen. Hieronder werken we deze twee onderwerpen afzonderlijk nader uit.

De houdbaarheid van het “Uitwerkingsplan Spoorallee”

In de eerste plaats valt op dat de branches van zowel het FOC als de Leisure zijn onderverdeeld in brutovloeroppervlakten en percentages. Mode mag bijvoorbeeld maar 55-65% (6.600 – 7800 m²) van het geheel bedragen, schoenen 10-15 % (1200 – 1800 m²). Horeca is beperkt tot 2000-3000m² en de kinderspeelhal tot 3500m².

Dergelijke brancheringseisen vormen een beperking van de vrijheid van vestiging in artikel 49 VWEU en hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Het beperkt immers het aantal marktdeelnemers dat op de markt kan worden toegelaten. Zo kan de beperking van het aantal beschikbare meters voor horeca belemmeren dat zich een nieuw restaurant vestigt. De branchering ten aanzien van de FOC heeft tot gevolg dat zich slechts een beperkt aantal schoenenzaken kan vestigen. Zij kunnen dan ook worden aangemerkt als verdachte eisen in de zin van artikel 15 Drl. Zoals uit artikel 14, aanhef en onder 5, van de Drl en het arrest *Commissie/Spanje* zoals besproken in Deel I volgt, kunnen dergelijke regels niettemin geoorloofd zijn wanneer daar bijvoorbeeld ruimtelijke ordeningsmotieven aan ten grondslag liggen.

Voor een definitieve beantwoording van hierboven gestelde vraag is dus van belang om welke redenen de brancheringseisen zijn bepaald en of deze voldoen aan de evenredigheidstoets. De effecten van deze brancheringseisen zijn onderzocht in de eerdergenoemde haalbaarheidsanalyse- en effectenanalyse dat op verzoek van de gemeente is verricht. Hierin is onder meer onderzocht welke economische effecten de beoogde branchering in de Spoorallee heeft op het centrum en de regio en of deze effecten acceptabel zijn. Uit de stukken wordt evenwel niet precies duidelijk welke (dwingende) redenen ten grondslag liggen aan de verdeling. Waarschijnlijk wordt dat pas helder wanneer een individuele onderneming vestiging in het FOC wordt geweigerd omdat het maximale aantal m² vloeroppervlakte is bereikt.

Hoewel op dit moment geen uitsluitsel over de verenigbaarheid van de brancheringseisen is te geven, dient niettemin te worden opgemerkt dat op basis van de verkregen stukken er vooralsnog geen reden is om aan te nemen dat er sprake is van economische overwegingen. In de knelpuntenanalyse is opgemerkt dat er geen onderzoek is gedaan naar de marktruimte van de verschillende branches die zijn voorzien in de FOC. Ook is in het plan geen rekening gehouden met de regionale afspraken in het RPD van 24 oktober 2013 over de marktruimte die nog zou bestaan voor sportwinkels. Volgens de knelpuntenanalyse zou het plan met deze afspraken immers in strijd zijn, omdat met de komst van de Decathlon in de Rijnhal in Arnhem de marktruimte voor sportwinkels is vergeven. Kortom, vooralsnog kan niet worden geconcludeerd dat de Dienstenrichtlijn zich verzet tegen de brancheringseisen ten aanzien van het Leisurepark en het FOC.

Daarbij merken wij nog het volgende op. Op de website van de Gemeente Zevenaar staat in bijlage A bij het Economisch beleidsplan 2008-2020 van de Gemeente Zevenaar, "Behouden versterken en innoveren tot 2020", p. 12 het volgende:

"Ook perifere detailhandel en leisure vestigen zich steeds meer op bedrijventerreinen.

De gemeente Zevenaar krijgt steeds meer aanvragen voor vestiging van perifere detailhandelsvestigingen (PDV) en leisure, zoals bijvoorbeeld grote supermarkten, tuincentra, kartbaan, kookstudio, lasergame of discotheek. Dit zijn geen reguliere bedrijfsruimtegebruikers. Mede daarom heeft de stadsregio in overleg met de gemeenten in het Regionaal Plan vastgesteld dat de vestiging van bouwmarkten en tuincentra groter dan 1000m² of uitbreiding van bestaande vestigingen met meer dan 1000m² bvo alleen is toegestaan als de bovenlokale marktruimte is aangetoond. De vestiging van grootschalige detailhandelsvestigingen (GDV) is in Zevenaar niet aan de orde, hiervoor is in de regio alleen ruimte gereserveerd in delen van Arnhem en Nijmegen. Grootschalige thematische voorzieningen, zoals leisure, passen op grond van ruimtelijke aspecten alleen in het stedelijke netwerk. In Zevenaar blijven reeds gereserveerde marktruimte in bestaande PDV-clusters en -locaties wel beschikbaar."

Uit dit beleidsplan kan worden opgemaakt dat vestiging van perifere of grootschalige detailhandel afhankelijk kan zijn van de bestaande marktruimte. De reden van dit beleid wordt niet precies duidelijk gemaakt. Wel staat op pagina 16 van de bijlage bij het beleidsplan onder het kopje 'detailhandel' dat de centra voor doelgericht aankopen (op de bedrijventerreinen) complementair moeten zijn aan de centra voor recreatief winkelen, om het karakter van deze centra te bewaken. Grootschalige vestigingen (1000 tot 1500m² en meer) dienen in centra voor doelgerichte aankopen het uitgangspunt te zijn.

De houdbaarheid van de provinciale Omgevingsverordening Gelderland

De provinciale voorschriften beperken de vestigingsgebieden waar detailhandel zich mag vestigen. Blijkens de toelichting is het doel van het beleid voor detailhandel het behoud van een evenwichtige en toekomstbestendige detailhandelsstructuur in Gelderland die bijdraagt aan de vitaliteit van steden en dorpen. De positie van de bestaande winkelgebieden staat centraal. Nieuwe locaties voor detailhandel mogen niet leiden tot een ontwrichting van de bestaande detailhandelsstructuur. Onder duurzame ontwrichting van de detailhandelsstructuur wordt blijkens de toelichting in de omgevingsverordening in paragraaf 2.3.3.1, eerste lid, verstaan: de negatieve gevolgen van

overcapaciteit en leegstand op het woon-, leef – en ondernemingsklimaat in de omgeving van de bestaande winkels in wijken en centra. De term duurzame ontwrichting is hier enigszins ongelukkig gekozen, nu volgens de recente rechtspraak alleen van duurzame ontwrichting kan worden gesproken ten aanzien van detailhandel die voorziet in primaire levensbehoefte. Waar het om gaat is dat moet worden voorkomen dat overcapaciteit en leegstaand door de komst van nieuwe detailhandel, negatieve gevolgen heeft voor het woon-, leef en ondernemingsklimaat in de omgeving van de bestaande winkels in wijken en centra. De vraag is derhalve of leegstand als dwingende reden van algemeen belang als argument kan worden aangevoerd. Dit lijkt ons op zichzelf wel het geval, nu ruimtelijke ordening volgens vaste rechtspraak van het Hof een dwingende reden oplevert. Ditzelfde geldt voor de noodzaak van het duurzame ruimtegebruik, in het kader waarvan volgens de toelichting moet worden onderbouwd dat de nieuwe locaties niet ten koste gaan van de bestaande detailhandelsstructuur.

Ten aanzien van perifere detailhandel in het bijzonder geldt ingevolge artikel 2.3.3.2 dat detailhandel alleen op een perifere locatie kan worden toegestaan wanneer dit uit oogpunt van veiligheid of ruimte vereist is. Daarbij kan worden gedacht aan detailhandel in volumineuze goederen zoals tuincentra, bouwmarkten, meubelwinkels en handel in auto's en boten en detailhandel die uit veiligheidsoverwegingen niet in winkelgebieden kan worden gevestigd.

Al met al kan worden vastgesteld dat aan de bepalingen in de provinciale verordening – overeenkomstig het nationale recht- op zich zelf geen economische, maar ruimtelijke motieven ten grondslag liggen. Dit neemt niet weg dat de economische effecten van nieuwe detailhandel op de bestaande winkels nauwkeurig in kaart worden gebracht. De economische effecten houden nauw verband met de ruimtelijke effecten en liggen in zoverre dicht naast elkaar. Dit hoeft echter niet automatisch te betekenen dat er strijd is met artikel 14, aanhef en onder 5, Drl.

Ook ten aanzien van de komst van het outletcentrum noemt de provincie op zichzelf ruimtelijke motieven. De provincie maakt zich zoals gezegd zorgen over de leegstand als gevolg van verdringing onder mode- schoenen- en sportzaken die ten koste gaat van de vitale binnensteden. Daarnaast maakt de provincie zich zorgen over de houdbaarheid van outletcentra. Bovendien investeert de provincie miljoenen in stedelijke herverkaveling en financiële impulsen om de binnensteden en dorpskernen vitaal te houden.¹²⁸

Hoewel sprake lijkt te zijn van ruimtelijke motieven, zal dit in het licht van de Europeesrechtelijke eisen wel nader moeten worden onderbouwd. Dit betekent dat zal moeten worden nagegaan of de komst van het outletcentrum inderdaad leidt tot leegstand en verpaupering, en zo ja in welke mate. Het enkele argument dat de markruimte voor de sportbranche al is opgesoupeerd schiet hiertoe tekort. In dit opzicht is relevant dat vanuit de omgevingsverordening via het vereiste van regionale afstemming

¹²⁸ Persbericht 4 maart 2015: http://www.zevenaar.nl/internet/persberichten_295/item/24-02-2015-outletonderzoek-brengt-zevenaar-en-provincie-niet-tot-elkaar_35953.html?previewcode=c3a291a7aa508e4a8435d1a8cb9e64ed&preview=1&stukid=35953.

een relatie wordt gelegd met het RPD. In dit programma worden beleidskeuzen vooral gefundeerd in marktanalyses, maar blijft het verband met de ruimtelijke gevolgen onderbelicht. Zoals gezegd kan het vertrek van sportzaken in de binnenstad in ieder geval niet leiden tot de conclusie dat er sprake is van duurzame ontwrichting. Daarbij dient tevens aandacht te worden besteed aan het consistentievereiste. Dit betekent dat zal moeten worden gegaan of de planningseisen ook daadwerkelijk op samenhangende en consistente wijze de beoogde doelstelling om leegstand te voorkomen en levendige centra te behouden kunnen verwezenlijken.

Casuspositie 2: Decathlon Schiedam

▪ Feiten

In case 2 heeft de gemeenteraad van Schiedam in de provincie Zuid-Holland met het oog op de ontwikkeling van Sportplaza Harga het ontwerpbestemmingsplan “Sportplaza Harga” opgesteld. Het plan voorziet in detailhandel, *try* en *buy*, een evenemententerrein, fitnesscentrum, horeca en een hotel. Met het plan is onder meer beoogd om een vestiging van Decathlon mogelijk te maken. De vestiging van grootschalige sportdetailhandel op deze locatie is in strijd met de hoofdlijn van het detailhandelsbeleid van de Stadsregio (Detailhandelsbeleid 2012) en in strijd met artikel 2.1.4 van de provinciale Verordening Ruimte van Zuid-Holland. Op grond van deze bepaling mag een bestemmingsplan uitsluitend voorzien in nieuwe detailhandel op gronden binnen of direct aansluitend aan de bestaande winkelgebieden in de centra van steden, dorpen en wijken. Uitzonderingen zijn slechts mogelijk voor enkele branches die vanwege aard of omvang van de producten niet of niet goed inpasbaar zijn in de winkelcentra en niet essentieel zijn voor de kwaliteit van deze centra. Het gaat hier om ‘perifere detailhandel’. De perifere detailhandel wordt in de Verordening Ruimte in een uitputtende lijst opgesomd (artikel 2.1.4, derde lid, zie hieronder). Sportdetailhandel ontbreekt in deze opsomming. Sportdetailhandel is in beginsel dus niet mogelijk in de periferie.

In verband met de strijdigheid heeft het college van B en W bij brief van 24 juni 2014¹²⁹ Gedeputeerde Staten verzocht om een ontheffing van de provinciale verordening ten behoeve van grootschalige sportdetailhandel op Sportplaza Harga. De regeling in de verordening zou de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig belemmeren in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen. De provincie heeft vervolgens een adviesbureau gevraagd een onderzoek uit te voeren naar de effecten van de grootschalige sportdetailhandel op de Harga locatie.

Bij besluit van 9 december 2014 hebben Gedeputeerde Staten het ontheffingsverzoek van het college van B en W geweigerd. De provincie wil vasthouden aan het geldende beleid op grond waarvan

¹²⁹ De brief bevindt zich in het door het ministerie aangeleverde materiaal en is te raadplegen op: http://www.schiedam.nl/bis/Gemeenteraadsvergaderingen/2014/2014_september_23/collegebrief%2024jun2014%20ontheffingsverzoek%20Decathlon%20Sportplaza%20Harga%20Schieda.pdf.

detailhandel zoveel mogelijk in bestaande winkelgebieden wordt geconcentreerd. Uit de door het ministerie aangeleverde stukken blijkt dat het college van B en W beroep hebben ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ten tijde van het onderzoek was er nog geen uitspraak.

▪ **Het nationale wettelijk ruimtelijke ordeningskader**

Zoals hierboven reeds opgemerkt moet bij de vaststelling van een bestemmingsplan op grond van artikel 4.1 Wro vastgestelde provinciale verordening in acht worden genomen. In casu wil de gemeente Schiedam detailhandel toestaan waar dit op grond van de provinciale Verordening Ruimte 2014 niet mogelijk is. Hoewel Gedeputeerde Staten op grond van artikel 4.1a Wro bevoegd zijn een ontheffing te verlenen (hetgeen eveneens is neergelegd in artikel 3.2 van de Verordening ruimte 2014), hebben zij dit geweigerd.

In de Verordening Ruimte 2014 van de provincie Zuid-Holland zijn onder meer de volgende relevante bepalingen opgenomen.

Artikel 2.1.4 Detailhandel

Lid 1 Detailhandel binnen de centra

Een bestemmingsplan voorziet uitsluitend in nieuwe detailhandel op gronden:

- a. binnen of direct aansluitend aan een bestaande winkelconcentratie in de centra van steden, dorpen en wijken;*
- b. binnen een nieuwe wijkgebonden winkelconcentratie in een nieuwe woonwijk;*
- c. binnen een nieuwe goed bereikbare en centraal gelegen winkelconcentratie als gevolg van herallocatie.*

Lid 2 Omvang van ontwikkelingen binnen de centra

De nieuwe detailhandel, bedoeld in het eerste lid, voldoet aan de volgende eisen:

- a. de ontwikkeling is in overeenstemming met het in het Programma ruimte beschreven ontwikkelingsperspectief voor de daarin benoemde te ontwikkelen centra, te optimaliseren centra en de overige aankoopplaatsen;*
- b. voor zover de ontwikkeling een omvang heeft van meer dan 2.000 m² bruto vloeroppervlak, voorziet het bestemmingsplan hier uitsluitend in als is aangetoond dat het woon- en leefklimaat niet onevenredig wordt aangetast en geen onaanvaardbare leegstand ontstaat en mede met het oog hierop advies is gevraagd aan het Regionaal Economisch Overleg en zo nodig een distributieplanologisch onderzoek is uitgevoerd.*

Lid 3 Uitzonderingen buiten de centra

Het eerste lid is niet van toepassing op een bestemmingsplan dat voorziet in de volgende nieuwe detailhandel:

- a. detailhandel in auto's, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano's, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen;
- b. kleinschalige detailhandel:
 - i. in de vorm van een gemakswinkel;
 - ii. bij sport-, culturele, medische, onderwijs, recreatie- en vrije tijdsvoorzieningen, benzinstations, alsmede andere locaties met veel bezoekers of passanten, met een assortiment dat aansluit op de aard van deze voorzieningen of locaties;
 - iii. als leerwerkplaats bij beroepsonderwijs, met een assortiment dat aansluit op de aard van de onderwijsinstelling;
 - iv. bij een agrarisch bedrijf, met een assortiment van producten uit eigen teelt;
- c. ondergeschikte detailhandel in ter plaatse vervaardigde goederen bij een productiebedrijf;
- d. grootschalige meubelbedrijven met een omvang van minimaal 1.000 m² bruto vloeroppervlak, inclusief in ondergeschikte mate een assortiment woninginrichting en stoffering, en detailhandel in keukens, badkamers, vloerbedekking, parket, zonwering en jacuzzi's, voor zover de ontwikkeling plaatsvindt binnen de bedrijventerreinen met PDV-locaties waarvan de plaats geometrisch is bepaald en verbeeld op [Kaart 2 Detailhandel](#);
- e. tuincentra met een omvang van minimaal 1.000 m² bruto vloeroppervlak, en
- f. bouwmarkten met een omvang van minimaal 1.000 m² bruto vloeroppervlak.

Lid 4 Ontwikkelingen groter dan 1.000 m² buiten de centra

Voor zover de nieuwe detailhandel, bedoeld in het derde lid onder d, e en f een omvang heeft van meer dan 1.000 m² bruto vloeroppervlak, voorziet het bestemmingsplan hier uitsluitend in als is aangetoond dat het woon- en leefklimaat niet onevenredig wordt aangetast en geen onaantvaardbare leegstand ontstaat. Mede met het oog hierop is advies gevraagd aan het Regionaal Economisch Overleg en is zo nodig een distributieplanologisch onderzoek uitgevoerd.

Lid 5 Nevenassortimenten

Een bestemmingsplan dat voorziet in detailhandel als bedoeld in het derde lid, onder a, d, e en f stelt de volgende voorwaarden aan de nevenassortimenten:

- a. ten hoogste 20% van het netto verkoopvloeroppervlak wordt voor de verkoop van het nevenassortiment gebruikt, en
- b. het nevenassortiment past bij het hoofdassortiment.

In de toelichting bij dit artikel staat het volgende:

artikel 2.1.4 Detailhandel

Het artikel over detailhandel is een aanvulling op artikel [2.1.1](#) over de ladder voor duurzame verstedelijking.

Het provinciale detailhandelsbeleid is enerzijds op gericht om de detailhandelsstructuur zoveel als mogelijk te versterken en de beschikbaarheid en bereikbaarheid van detailhandelsvoorzieningen te garanderen. Anderzijds wordt de dynamiek in de detailhandel bevorderd vanwege het grote economische belang van deze sector.

Detailhandel binnen de centra

De detailhandelsstructuur voor reguliere detailhandel is beschreven in het Programma ruimte. Daarin is onderscheid gemaakt in ‘te ontwikkelen centra’, ‘te optimaliseren centra’ en ‘overige aankoopplaatsen’. Door de opkomst van internetwinkels en demografische ontwikkelingen is er minder behoefte aan fysieke winkels. Voor alle winkelgebieden geldt daarom dat kwalitatieve verbetering leidend is ten opzichte van kwantitatieve versterking. Uitbreiding van het winkelareaal is hoofdzakelijk aan de orde binnen de ‘te ontwikkelen centra’. Binnen de ‘te optimaliseren centra’ en de ‘overige aankoopplaatsen’ is uitbreiding alleen mogelijk in de gevallen zoals aangegeven in het Programma ruimte. Indien het draagvlak van een verzorgingsgebied te klein is voor een compleet winkelcentrum, kan een supermarkt de functie van centrale aankoopplaats vervullen.

[...]

In deze verordening is verder bepaald dat nieuwe detailhandel primair gevestigd wordt binnen of direct aansluitend aan de bestaande winkelconcentratieswinkergebieden en in de centra van steden, dorpen en wijken. Deze winkelgebieden winkelconcentraties zijn benoemd en gecategoriseerd in het Programma ruimte als “te ontwikkelen centra”, “te optimaliseren centra” en “overige aankoopplaatsen”. De winkelconcentraties zijn niet begrensd in deze verordening. [...]

Binnen een winkelconcentratie in het centrum van stad, dorp of wijk gelden op grond van deze verordening geen beperkingen voor de toelaatbare detailhandelsbranches. Buiten deze winkelconcentraties zijn uitsluitend vormen van detailhandel toelaatbaar die zijn benoemd in artikel [2.1.4](#), derde lid (“uitzonderingen buiten de centra”). Deze uitzonderingsgevallen (onder andere zogenoemde PDV en GDV-locaties) worden nadrukkelijk niet beschouwd als “bestaande winkelconcentraties in de centra van steden, dorpen en wijken”, ook niet als het gaat om een concentratie van meerdere vestigingen.

Perifere detailhandel

Uitzonderingen zijn mogelijk voor enkele branches (ook wel ‘perifere detailhandel’ genoemd) die vanwege aard of omvang van de producten niet of niet goed inpasbaar zijn in de winkelcentra en niet essentieel zijn voor de kwaliteit van deze centra. Deze branches zijn expliciet benoemd in de verordening (limitatieve lijst).

Ten behoeve van grootschalige meubelbedrijven en andere detailhandelsbedrijven rond het thema wonen zijn opvanglocaties aangewezen. Deze bedrijventerreinen met zogenoemde ‘PDV’-locaties, zijn verbeeld op [Kaart 2 Detailhandel](#) van deze verordening. Enkele PDV-locaties zijn op deze kaart geometrisch bepaald op de daadwerkelijke grootte. Voor de andere PDV-locaties is het gehele bedrijventerrein aangegeven aangegeven waarop grootschalige

meubelbedrijven en andere detailhandelsbedrijven rond het thema wonen zijn toegestaan. Reden hiervoor is dat er onvoldoende gegevens beschikbaar zijn over de daadwerkelijke grootte, of dat het gaat om verspreide vestiging. Wij verwachten van de gemeenten dat in die gevallen de PDV-locatie in het bestemmingsplan nader wordt begrensd, zodat niet het gehele bedrijventerrein wordt bestemd voor grootschalige meubelbedrijven en andere meubelbedrijven rond het thema wonen. Mocht sprake zijn van een grootschalige nieuwe ontwikkeling, dan gelden daarvoor de voorwaarden zoals opgenomen in de verordening.

[...]

Grootschalige ontwikkelingen

De toelaatbaarheid van grootschalige ontwikkelingen is afhankelijk van de ruimtelijke effecten die een dergelijke ontwikkeling met zich meebrengt. Met het oog hierop moet worden aangetoond dat het woon- en leefklimaat en de ruimtelijke kwaliteit niet onevenredig worden aangetast. Het gaat daarbij onder meer om het voorkomen van onaanvaardbare leegstand en het voorkomen van duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau waar het gaat om de eerste levensbehoeften. Met het oog hierop is advies nodig van het Regionaal Economisch Overleg (REO) en wordt zo nodig een distributieplanologisch onderzoek (DPO) uitgevoerd. De betreffende informatie is mede bepalend voor de vraag of een ontwikkeling aanvaardbaar en uitvoerbaar is en moet dan ook uiterlijk bij de vaststelling van het bestemmingsplan beschikbaar zijn. In de verordening is aangegeven om welke grootschalige ontwikkelingen het gaat en welke drempelwaarden hierbij van toepassing zijn.

In artikel 3.1.6 van het Bro is bepaald dat een onderzoek naar de actuele behoefte (in het kader van stap 1 van de ladder voor duurzame verstedelijking) met betrekking tot diensten als bedoeld in de Dienstenwet slechts tot doel heeft na te gaan of de vestiging van een dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Deze bepaling is opgenomen om te benadrukken dat het stellen van beperkingen aan de vestiging van diensten op niet-ruimtelijke gronden, niet alleen in strijd zou zijn met de Wet ruimtelijke ordening, maar ook met de Europese Dienstenrichtlijn. De regeling die in deze verordening is opgenomen voor grootschalige detailhandelsontwikkelingen sluit hierbij aan. Als een DPO wordt opgesteld, gebeurt dat dus alleen met het oog op de ruimtelijke effecten die een grootschalige ontwikkeling met zich mee brengt.

Nevenassortiment

Het voeren van nevenassortiment is onder voorwaarden mogelijk bij perifere detailhandel. De regeling voor nevenassortimenten is bedoeld om grenzen te stellen aan de aard en omvang van nevenassortimenten en zo brancheervaging, dat ruimtelijk negatieve effecten kan hebben voor reguliere detailhandel binnen de centra, te voorkomen.

[...]

▪ Ten aanzien van de onderzoeksvragen

1. In hoeverre valt deze situatie onder de Dienstenrichtlijn?

In deze casuspositie hebben we te maken met een (weigering van een) ontheffing van de provinciale Verordening Ruimte 2014 die de vestiging van detailhandel mogelijk moeten maken, namelijk Decathlon in Schiedam. Zoals in deel I uiteengezet biedt een sportzaak geen diensten aan, maar goederen. Het gaat hier dus niet om vestiging van een dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn, maar om vestiging van een ondernemingen die goederen verkoopt. Voor zover de winkel ook activiteiten aanbiedt als *try* en *buy*, zijn wij van mening dat deze activiteiten ondergeschikt zijn aan de verkoop van de sportartikelen. Op basis van bovenstaand uitgangspunt en Nederlandse rechtspraak, betekent dit dat de Dienstenrichtlijn hierop niet van toepassing is. Wel is het recht op vrije vestiging in het geding, mits er een (tenminste potentieel) grensoverschrijdend element in de vestiging van Decathlon is. Dat is in casu goed mogelijk, gelet op het feit dat Decathlon een Frans bedrijf is.

2. *In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van bepaalde vestigingseisen door de gemeente, ervan uitgaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als diensten in de zin van deze richtlijn?*

Voor zover ervan moet worden uitgegaan dat de casuspositie wel onder de Dienstenrichtlijn valt, geldt het volgende.

De gemeente

Op het niveau van de gemeente kan in ieder geval niet worden gesproken van een belemmering. Uit de stukken volgt dat concurrenten van Decathlon, lokale sportwinkeliers, hun zorgen hebben geuit over de komst van Decathlon. Daarnaast blijkt dat er onderzoek is gedaan naar de effecten van een eventuele vestiging op andere winkelbedrijven. Dit heeft op gemeentelijk niveau echter niet geleid tot annuleren van de plannen.

De provincie

In casu is met name de weigering op provinciaal niveau relevant, alsmede de algemene voorschriften die aan deze weigering ten grondslag liggen. Net als in casuspositie 1 geldt dat het hier gaat om beperkingen ten aanzien van de vestigingsgebieden van detailhandel. Van belang is op welke motieven deze voorschriften zijn gebaseerd, of deze proportioneel zijn en voldoen aan het consistentiebeginsel. Aan de weigering, noch aan de voorschriften mogen hoe dan ook geen economische motieven ten grondslag liggen. Dit zou overigens niet anders zijn, indien aan de vrijheid van vestiging zou moeten worden getoetst.

Zowel ten behoeve van het ontheffingsverzoek van de gemeente (BRo-rapport) als ten behoeve van het weigeringsbesluit van de provincie (DTNP) is een rapportage opgesteld. Daaruit volgt dat onderzoek is gedaan naar de bestaande marktruimte voor sportzaken en de gevolgen hiervan voor de bestaande detailhandelsstructuren.

Uit de ruimtelijke effectenstudie die in opdracht van de gemeente door BRo is verricht zou blijken dat de impact van de Sportplaza op de lokale en regionale detailhandelsstructuur beperkt is en dat de

komst van het Sportplaza niet zal leiden tot toename van de structurele leegstand en/of achteruitgang in de ruimtelijke kwaliteit. Op pagina 5 van het verzoek schrijft het college: *“De komst van Decathlon op andere plaatsen in Nederland heeft niet geleid tot verstoring van de lokale en/of regionale detailhandelsstructuur in termen van toename van leegstand en/of achteruitgang van ruimtelijke kwaliteit. In de regio’s Kerkrade en Heerlen zijn er sinds de komst van Decathlon sportzaken verdwenen, maar ook weer bijgekomen.[...]”*

Zowel het BRo-rapport als het positieve advies van het REO van de stadsregio Rotterdam geven aan dat er als gevolg van de komst van Decathlon als onderdeel van Sportplaza Harga Schiedam geen duurzame verstoring van de lokale en regionale detailhandelsstructuur te verwachten is. Dit hangt mede samen met het uitzonderlijke brede assortiment artikelen dat Decathlon aanbiedt en dat nu nog niet in (budget)segment van de markt wordt aangeboden. Ook blijkt uit de BRo-rapport dat de komst van Decathlon niet leidt tot een significante toename van leegstandsontwikkeling.”

Volgens het marktonderzoek dat in opdracht van de provincie is verricht door DTNP, is er nog slechts ruimte voor 5.200 m² winkelvloeroppervlakte aan extra sportaanbod. Met de voorgestelde vestigingen zal er een aanbodoverschot bestaan van 15.200m². Het is onontkoombaar dat er negatieve effecten zullen optreden voor de bestaande winkelcentra, gelet op het functioneren van de sportdetailhandel (naar omzet) en de huidige leegstand. Het BRo-rapport zou te beperkt zijn uitgevoerd.

Gedeputeerde Staten wijzen in het besluit van 11 december 2014 dat strekt tot weigering van het ontheffingsverzoek op de provinciale belangen. Het provinciale detailhandelsbeleid is erop gericht om detailhandelsvoorzieningen zoveel als mogelijk te concentreren in ‘te versterken centra’, ‘te optimaliseren centra’ en ‘overige aankoopplaatsen’. De provincie streeft naar levendige stads- en dorpsgebieden met een aantal krachtige en kwalitatief onderscheidende centra. Het detailhandelsbeleid is gericht op een gezonde detailhandelsstructuur, waarbij leegstand, afname van ruimtelijke kwaliteit en aantasting van het woon –en leefklimaat worden voorkomen. Het planaanbod van de gemeente spoort volgens de Gedeputeerde Staten niet met de gewijzigde maatschappelijke vraag en bovendien neemt de leegstand toe. De provincie wijst daarbij tevens op de andere autonome ontwikkelingen, zoals internetwinkelen. Deze argumenten wijzigen op zichzelf op ruimtelijke motieven en niet op economische.

Gedeputeerde Staten komen op basis van het rapport van DTNP tot de conclusie dat voor zover er nog marktruimte is, zij daarvoor de beschikbare ruimte binnen de bestaande winkelconcentraties gebruiken. Als er gekeken wordt naar het huidige functioneren van de sportdetailhandel (naar omzet) en naar de huidige leegstand, dan is onontkoombaar dat er negatieve effecten zullen zijn voor de bestaande winkelcentra. De voorgenomen ontwikkeling komt dan ook niet voor ontheffing in aanmerking. Er is naar de mening van Gedeputeerde Staten geen sprake van bijzondere omstandigheden waarbij het gemeentelijk beleid c.q. de gewenste ontwikkeling onevenredig wordt belemmerd bij een strikte toepassing van de provinciale regels.

Gedeputeerde Staten wijzen in het besluit onder meer op het feit dat de komst van grootschalige sporthandel mogelijk leidt tot leegstand in bestaande winkelgebieden, zeker als behalve perifere vestigingen ook nog 2 Decathlons in het centrum komen. Dit is overigens de vraag. In het rapport van DTNP is namelijk opgemerkt dat het niet mogelijk is om de omzetteffecten een-op-een te vertalen van in leegstand vanwege de vele aannames (koffiedik stapelen). Voor de ene detaillist kan een omzetzijning van 1% desastreus zijn. Voor een ander hoeft dit niet direct te gelden.

Uit het voorgaande volgt dat er voor de beoordeling van het ontheffingsverzoek in het licht van de provinciale voorschriften is gekeken naar de bestaande marktruimte en de economische effecten die de komst van Decathlon in Schiedam heeft. Zoals uiteengezet in deel I van dit onderzoek, kunnen dit op zichzelf geen valide argumenten vormen om een beperking van de vrijheid van vestiging te rechtvaardigen. De gedachte is echter dat dit onderzoek niet zozeer tot doel heeft om de bestaande sportdetailhandelaren te beschermen, maar dat het een middel is om de centra binnen de provincie levendig te houden en leegstand en verpaupering van de centra te voorkomen. Er lijkt dus geen sprake van economische criteria die strijd opleveren met artikel 14, aanhef en onder 5, Drl.

Een belangrijk punt van aandacht is niettemin of de bestaande voorschriften geschikt zijn om deze doelstellingen te verwezenlijken en bovendien evenredig zijn. De vraag is of de komst van Decathlon daadwerkelijk leidt tot leegstand en verpaupering. Er moet met andere woorden een verband bestaan tussen leegstand (die niet kan worden opgevuld) en het toestaan van nieuwe detailhandel. Dit mag niet te snel worden aangenomen, hetgeen overigens ook in strijd zou zijn met de duurzame stedelijke ontwikkeling. In het rapport dat in opdracht voor de gemeente is opgesteld is geconcludeerd dat de komst van Sportplaza niet zal leiden tot toename van structurele leegstand en/of achteruitgang van de ruimtelijke kwaliteit. Als deze conclusie juist is, dan is het de vraag of de provincie nog argumenten in handen heeft om sportzaken in de perifere gebieden te weigeren. Daarnaast is de vraag in hoeverre de sportbranche zich onderscheidt van de detailhandel die zich wel in het perifere gebied mag vestigen. Wat maakt dat deze uitzonderingen niet leiden tot leegstand?

Kortom, hoewel er geen aanleiding is om aan te nemen dat hier sprake is van economische doelstellingen, geldt ook hier dat nadere onderbouwing nodig is van de provinciale bepalingen en weigering van de ontheffing in het licht van de Europeesrechtelijke eisen. In dit verband wijzen wij erop dat het algemene kader voor de beoordeling van een ontheffingsverzoek op het eerste gezicht niet geëigend is om een mogelijk gebrek van de Omgevingsverordening – een te beperkte opsomming van toe te laten vormen van detailhandel – waarbij overwegende aandacht is besteed aan de marktanalyse – in een concreet geval te herstellen.

Casuspositie 3: Hornbach Ressen (Nijmegen) en Decathlon in Arnhem

Deze casuspositie is gebaseerd op het volgende krantenbericht, afkomstig van de Gelderlander van 15 januari 2014.

Meet provincie Gelderland met twee maten? Nieuwe vestiging Decathlon mag wel, Hornbach niet.

15-01-2014 (11:47)



Een nieuwe 20.000 m2 grote Hornbach mag zich niet in Ressen, net buiten het stedelijk gebied van Nijmegen, vestigen. Daar past volgens de Gedeputeerde Staten van de Provincie Gelderland geen bouwmarkt van deze omvang. Dat is opmerkelijk daar de provincie de komst van megasportwinkel Decathlon van 11.500 m2 naar de Arnhemse Rijnhal – ook buiten het stedelijk gebied – wel toestaat ondanks felle kritiek van Arnhemse winkeliers.

“Dat noem ik meten met twee maten”, zegt Jean Pierre Sprengers van Winkelconsult.nl in een reactie op vaksite Retailnews.nl. “Het is boffen voor Decathlon dat de Rijnhal net binnen de stadsgrenzen ligt. Diegenen die het gebied daar kennen zullen zich afvragen wat een stadsgrens nu eigenlijk is. Er is daar weinig stad te bekennen, net zoals de locatie in Ressen. Kan er iemand even de stadsgrens van Nijmegen een paar kilometer opschuiven naar het noorden, dan kan Hornbach zich gewoon vestigen”, zegt Sprengers.

De kwestie viel te lezen in lokale krant De Gelderlander. Hoewel de provincie zich kritisch over de plannen uitliet om een megasportwinkel te openen, is het volgens hen een zaak van de gemeente Arnhem. De Rijnhal ligt in tegenstelling tot de beoogde locatie van Hornbach in Ressen binnen de stadsgrenzen, stelt de provincie. Wel moet de gemeente Arnhem garanderen dat de komst van de retailer niet ten koste gaat van bestaande sportwinkels in de omgeving. Decathlon heeft al een intentieverklaring getekend voor een winkel in de Rijnhal. Arnhemse winkeliers zijn volgens de krant echter fel tegen de komst van de sportformule, onder meer omdat de locatie gemakkelijk te bereiken is en over een gratis parkeergelegenheid beschikt.

▪ Feiten

Case 3 ziet in feite op twee afzonderlijke vestigingen, namelijk de vestiging van het bouwmarkt Hornbach en vestiging van de sportzaak Decathlon. Hornbach heeft de wens om een vestiging op te richten van 20.000m2 in Ressen, net buiten het stedelijk gebied van Nijmegen. Volgens Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland past daar geen bouwmarkt van deze omvang.

De provincie zou echter de komst van een Mega sportwinkel Decathlon naar Arnhemse Rijnhal wel toestaan, ondanks felle kritiek van de Arnhemse winkeliers. Wel moet de gemeente Arnhem, aldus het krantenbericht, garanderen dat de komst van Decathlon niet ten koste gaat van bestaande sportwinkels in de omgeving. Het verwijt is dat de provincie met 2 maten meet.

Hornbach

De Nijmeegse Fractie heeft vragen gesteld over de komst van een grote bouwmarkt op locatie Ressen (in relatie tot de vestiging van een Hornbach in Duiven). Bij brief van 21 januari 2014 heeft het college van B en W hierop geantwoord (kenmerk OB10/14.0000451). Hierin staat dat het college nog geen koopovereenkomst heeft gesloten met Hornbach. Wel is het college in onderhandeling met Hornbach. In de onderhandelingen zijn drie belangrijke uitgangspunten centraal gesteld.

1. Er moet overeenstemming zijn over de grondprijs.
2. Er moet overeenstemming zijn over een aanvaardbare stedenbouwkundige en landschappelijke inpassing.
3. De bouwmarkt zal moeten aantonen dat zij niet concurreert met winkelveorzieningen in de binnenstad.

Een formule van een grote bouwmarkt is, aldus het college, nieuw voor de stadsregio Arnhem Nijmegen en neemt dus in dit gebied een unieke positie in. De stadsregio heeft daarom onderzoek laten doen naar de ruimte voor grootschalige en perifere detailhandel (vraag-aanbodanalyse Arnhem Nijmegen BRo juni 2012). Hierin is ook gekeken naar de ruimte bouwmarkten en tuincentra. In het onderzoek wordt aangegeven dat er in deze beide branches in de regio een aanzienlijke marktruimte is. Vestigingen van een bouwmarkt in Duiven en Ressen zouden naast elkaar kunnen bestaan. In het Regionaal Programma Detailhandel dat is vastgesteld van de Stadsregio op 24 oktober 2013 wordt op basis van dit onderzoek dan ook de komst van zowel een grote bouwmarkt/tuincentrum in Duiven als op de locatie op de Ressen ondersteund.

Het college geeft aan dat er veel weerstand is tegen een ontwikkeling van een retailpark op locatie Ressen. Het college is dan ook in gesprek met de provincie om tot afstemming te komen.

Wethouder B. Velthuis van gemeente Nijmegen¹³⁰: “ [...] verder heeft de bouwmarkt Hornbach mij toegezegd dat zij artikelen die echt concurrerend zijn met bijvoorbeeld winkels in de binnenstad, dat zij die uit de schappen gaan halen. En dat vind ik wel een belangrijke voorwaarde”.

Decathlon

Decathlon heeft zich gemeld als koper van de Rijnhal die op dat moment werd gebruikt voor evenementen. De gemeenteraad van de gemeente Arnhem heeft op 29 september 2014 het bestemmingsplan gewijzigd die de vestiging van Decathlon mogelijk moet maken, bestemmingsplan “Rijnhal-Decathlon”¹³¹. De procedure voor de omgevingsvergunning heeft gelijktijdig plaatsgevonden. De komst van de Decathlon past goed in de plannen van de gemeente om het gebied van de Rijnhal en Olympus te transformeren tot een sportwinkel met leisure en horeca. Er is onderzoek gedaan naar de ruimtelijke effecten van de komst van Decathlon in de Rijnhal. Samengevat is de conclusie dat er een minimaal effect is op de omzet van de detaillisten in de binnenstad en andere winkelconcentraties en

¹³⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=KhxBJQLIVB8>.

¹³¹ Raadsvoorstel, zaaknummer 2014-03-00149; plannummer: NL.IMRO.0202.838-0301, http://www.arnhem.nl/ruimtelijkeplannen/plannen/PDF/Rijnhal-Decathlon/Rijnhal-Decathlon_PlantekstVastgesteldNL.IMRO.0202.838-0301.pdf

dat het regionaal effect ook beperkt is door de spreiding over een groot aantal aanbieders. De uitkomst is ook dat er na de vestiging van Decathlon eigenlijk geen ruimte meer is voor nieuwe vestiging of uitbreiding van bestaande zaken in dit segment.

Uit de toelichting bij het bestemmingsplan volgt dat is getoetst aan de ladder voor duurzame verstedelijking. Daarbij is door BRO een onderzoek uitgevoerd naar de marktmogelijkheden voor de detailhandel om inzicht te verkrijgen in de vraag-aanbod-verhoudingen¹³². De plannen overstijgen de marktruimte. Met het oog hierop is in het Regionaal Programma Detailhandel (RPD) de inzet geweest om voor een beperkt aantal perifere detailhandelslocaties te kiezen. In het geval van (outdoor)sport is gekozen voor sportpark Olympus als enige locatie voor de concentratie van (outdoor)sport. Afgezet tegen het aantal inwoners, beschikt het primaire verzorgingsgebied voor vestiging van Decathlon in de huidige situaties over 44 m² wvo sportaanbod per 1000 inwoners. Dit ligt lager dan het landelijk gemiddelde van 52 m² wvo per 1000 inwoners. Hetgeen de marktruimte nog eens onderstreept, aldus in de toelichting in paragraaf 4.4. De conclusie is dat er voldoende marktruimte is voor de vestiging van de Decathlon op sportpark Olympus, maar dat met de komst van Decathlon wel de behoefte aan de (outdoor)sport winkels volledig is afgedekt.

In de toelichting bij het bestemmingsplan is geconcludeerd dat er wordt voldaan aan de voorwaarden die worden genoemd in de ladder voor duurzame verstedelijking. De komst van de Decathlon voorziet in een regionale behoefte en wordt gevestigd in een bestaand pand en in het bestaand stedelijk gebied.

Blijkens de toelichting in het bestemmingplan is tevens getoetst aan de Ruimtelijke verordening Gelderland. Geconcludeerd wordt dat het bestemmingsplan hiermee in overeenstemming is. In paragraaf 4.4.2 wordt het volgende opgemerkt:

“In de Ruimtelijke Verordening Gelderland staan de regels die de provincie Gelderland stelt aan de bestemmingsplannen van gemeenten. In artikel 23 en 24 wordt ingegaan op het aspect 'detailhandel' en 'grootschalige detailhandel'. Hierbij worden de volgende voorwaarden genoemd:

- 1. in een bestemmingsplan gaan nieuwe locaties voor detailhandel niet ten koste van de bestaande detailhandelsstructuur.*
- 2. In een bestemmingsplan wordt vestiging van grootschalige detailhandelvoorzieningen alleen binnenstedelijk of perifeer, buiten de bestaande dan wel bestemde winkelgebieden toegestaan.*

Toets aan 1.

In dit bestemmingsplan wordt aan deze voorwaarde voldaan. In paragraaf 4.5 worden de effecten van de komst van Decathlon voor bestaande winkelgebieden en de binnensteden beschreven en geconcludeerd dat de effecten beperkt zijn.

¹³² BRO, 'Vraag-aanbodanalyse Stadsregio Arnhem-Nijmegen, mei 2012.

Toets aan 2.

De Rijnhal ligt niet op een perifere locatie maar binnen bestaand stedelijk gebied en grenzend aan Stadsdeelcentrum Kronenburg. In de toelichting van de Ruimtelijke Verordening staat in paragraaf 3.11 Toelichting bij hoofdstuk 20 (Detailhandel) het volgende:

“Stadsregio Arnhem Nijmegen: In de Stadsregio Arnhem Nijmegen zijn grootschalige detailhandelsvestigingen alleen toegestaan in en direct aansluitend op de binnensteden van Arnhem en Nijmegen en de stadsdeelcentra Kronenburg/Gelredome en Dukenburg. Daarnaast is een Zoekgebied PDV A325 opgenomen waarbinnen drie locaties in aanmerking komen voor de vestiging van bovenlokale winkel- en vrije tijdsvoorzieningen, te weten: Gelredome, Aamse poort en Ressen.”

In Arnhem en Nijmegen worden de stadsdeelcentra gelijk gesteld met de binnensteden. Decathlon gaat zich vestigen in de Rijnhal en de Rijnhal sluit direct aan op of maakt zelfs deel uit van het stadsdeelcentra Kronenburg/GelreDome. Hiermee wordt voldaan aan de Ruimtelijke Verordening Gelderland.

Ontwerp-omgevingsverordening Gelderland

Het aspect 'detailhandel' wordt in de Ontwerp-omgevingsverordening (ontwerp vrijgegeven op 14 januari 2014) genoemd in artikel 2.3.2. De tekst van de Ontwerp-omgevingsverordening is grotendeels gelijk aan de tekst van de huidige verordening.

Verder wordt in de Ontwerp-omgevingsverordening bij zowel reguliere detailhandel als bij perifere detailhandelslocaties verwezen regionale afspraken. Bij perifere detailhandellocales staat onder 2.3.2.2 lid 3.:

In aanvulling op het bepaalde in het eerste lid zijn op perifere detailhandellocales, grootschalige detailhandelvoorzieningen met een bovenlokale functie en een bruto vloeroppervlak van meer dan 1500 m², slechts toegestaan als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden.

Deze regionale afstemming heeft plaatsgevonden en is vastgelegd in het RPD. Hiermee voldoet dit bestemmingsplan aan de Ontwerp-omgevingsverordening.

Conclusie

Dit bestemmingsplan voldoet aan de geldende omgevingsverordening Gelderland en de Ontwerp-omgevingsverordening.”

Voor zover bij ons bekend heeft de provincie zich, in tegenstelling tot overige zaken, in dit geval niet geroerd in de plannen. Een belangrijk verschil met de overige zaken is dat de Rijnhal niet ligt op een perifere locatie, maar binnen een bestaand stedelijk gebied, in tegenstelling tot de door Hornbach beoogde locatie in Ressen, die zich buiten het stedelijk gebied van Nijmegen bevindt. Het in het boven

aangehaalde krantenbericht opgenomen argument dat er met 2 maten wordt gemeten, gaat dus niet op.

De gemeente heeft in april 2013 een intentieovereenkomst gesloten over de verkoop van de Rijnhal aan Decathlon.¹³³

Eigenaar Wereldhave van Winkelcentrum Kronenburg in Arnhem-zuid heeft (na zienswijze te hebben ingediend) beroep ingesteld tegen de wijziging van het bestemmingsplan. Hij vreest dat de komst van Decathlon nadelige consequenties heeft voor sportketens die zich mogelijk in zijn winkelcentrum een filiaal willen openen, zoals Intersport.¹³⁴ Volgens de informatie van De Gelderlander loopt thans een procedure bij de Raad van State.¹³⁵ Ten tijde van dit onderzoek was hierover nog geen uitspraak gepubliceerd.

▪ **Het nationale wettelijk ruimtelijke ordeningskader**

Hornbach

Ten aanzien van de plannen voor Hornbach in Ressen geldt dat er nog geen sprake is van planologische plannen die de komst van Hornbach mogelijk moeten maken. Er is op dit moment alleen nog een (intentie)koopovereenkomst. Eind maart 2015 verwacht de gemeente hierover een akkoord te bereiken. Het standpunt van de provincie is nog niet duidelijk.

Decathlon

Vestiging van Decathlon in Arnhem was in strijd met het bestemmingsplan. Met het oog hierop is het bestemmingsplan gewijzigd op 29 september 2014.

In de Omgevingsverordening Gelderland 2014 zijn ten aanzien van (perifere) detailhandel de volgende bepalingen opgenomen:¹³⁶

2.3.3 Detailhandel

Artikel 2.3.3.1 Detailhandel

- 1. In een bestemmingsplan worden geen nieuwe locaties voor detailhandel mogelijk gemaakt die leiden tot een duurzame ontwrichting van de bestaande detailhandelstructuur.*
- 2. Voor zover er voor het betreffende gebied een regionale afspraak is gemaakt over de programmering van detailhandel, is de bestemming detailhandel in een bestemmingsplan alleen mogelijk als deze ontwikkeling niet in strijd is met de door Gedeputeerde Staten vastgestelde regionale afspraak.*
- 3. In de toelichting bij het bestemmingsplan wordt aangegeven hoe een nieuwe*

¹³³ Persbericht 18 april 2013

(http://www.arnhem.nl/Actualiteiten/Persberichten/Archief_Persberichten_2013/April_2013/Decathlon_kiest_voor_de_Rijnhal).

¹³⁴ De Gelderlander, 'Kronenburg vreest concurrentie Decathlon in Rijnhal', 9 augustus 2014.

¹³⁵ De Gelderlander, 'Procedure tegen Decathlon in Rijnhal kan jaren duren', 4 december 2014.

¹³⁶ Deze zijn reeds opgenomen in casuspositie 1. Gemakshalve zijn deze nogmaals opgenomen.

detailhandelontwikkeling zich verhoudt tot het bepaalde in het eerste lid en een eventuele intergemeentelijke samenwerking op het gebied van detailhandel.

Artikel 2.3.3.2 Perifere detailhandellocaties

- 1. In een bestemmingsplan kunnen detailhandelsvoorzieningen slechts op perifere detailhandellocaties worden toegestaan indien deze vanwege specifieke ruimtelijke eisen - volumineuze goederen - en veiligheidseisen binnenstedelijk moeilijk inpasbaar zijn.*
- 2. In een bestemmingsplan wordt vestiging van detailhandel in voedings- en genotsmiddelen op perifere locaties niet toegestaan.*
- 3. In aanvulling op het bepaalde in het eerste lid zijn op perifere detailhandellocaties, grootschalige detailhandelvoorzieningen met een bovenlokale functie en een bruto vloeroppervlak van meer dan 1500 m², slechts toegestaan als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden.*

In de toelichting bij de Omgevingsverordening Gelderland 2014 wordt het volgende aangegeven:

Detailhandel (paragraaf 2.3.3)

Ons beleid voor detailhandel is onderdeel van het verstedelijkingsbeleid, zoals aangegeven in de Omgevingsvisie. Het doel van het beleid is het behoud van een evenwichtige en toekomstbestendige detailhandelstructuur in Gelderland die bijdraagt aan de vitaliteit van steden en dorpen. De positie van de bestaande winkelgebieden staat centraal. Het vernieuwen en aanpassen van bestaande winkelgebieden aan een afnemende vraag naar winkels en nieuwe marktontwikkelingen heeft prioriteit. Met het toevoegen van nieuw winkeloppervlak wordt zeer terughoudend omgegaan. Nieuwe locaties voor detailhandel mogen niet leiden tot een duurzame ontwrichting van de bestaande detailhandelstructuur (artikel 2.3.3.1 eerste lid). Hieronder verstaan wij de negatieve gevolgen van overcapaciteit en leegstand op het woon-, leef- en ondernemingsklimaat in de omgeving van de bestaande winkels in wijken en centra. Voor nieuwe locaties is de Gelderse ladder voor duurzaam ruimtegebruik van toepassing zoals opgenomen in de omgevingsvisie. Daarbij moet tevens onderbouwd worden dat nieuwe locaties niet ten koste gaan van de bestaande detailhandelstructuur (2.3.3.1 derde lid).

Regionale afstemming en samenwerking

Als provincie willen we regionale afstemming en samenwerking met betrekking tot detailhandel stimuleren en faciliteren. Dit geldt in de eerste plaats voor (grootschalige) detailhandel met een bovenlokale functie, maar regionale afstemming kan ook gewenst zijn voor andere detailhandelontwikkelingen (bijvoorbeeld ten aanzien van stadsdeelcentra of internetafhaalpunten).

Om regionale afstemming te faciliteren bieden we regio's de mogelijkheid om regionale afspraken vast te leggen in een regionaal programma detailhandel (RPD). De artikelen 2.3.3.1, tweede en derde lid en 2.3.3.2, derde lid zorgen voor een juridische verankering van de regionale afspraken doordat grootschalige detailhandelvoorzieningen met een bovenlokale functie slechts toegestaan zijn als hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden. Voor normale detailhandel geldt dat voor zover er voor het betreffende

gebied een regionale afspraak is gemaakt over de programmering van detailhandel, de bestemming detailhandel in een bestemmingsplan alleen mogelijk is als deze ontwikkeling niet in strijd is met de door Gedeputeerde Staten vastgestelde regionale afspraken ten aanzien van de programmering van detailhandel.

Perifere detailhandellocaties (artikel 2.3.3.2)

Specifiek voor perifere detailhandellocaties is beleid geformuleerd. Een perifere detailhandellocatie is een locatie buiten binnenstedelijke winkelcentra, veelal aan de randen van de steden. Detailhandel kan alleen op een perifere locatie worden toegestaan wanneer dit uit oogpunt van ruimte of veiligheid vereist is. Gedacht kan worden aan detailhandel in volumineuze goederen zoals bijvoorbeeld tuincentra, bouwmarkten, meubelwinkels, en handel in auto's en boten en detailhandel die uit veiligheidsoverwegingen niet in winkelgebieden kan worden gevestigd.

In beperkte mate willen we ruimte bieden aan detailhandel met een regionaal verzorgingsgebied op grote perifere locaties. Over de opvang van bovenlokale grootschalige detailhandel op perifere detailhandellocaties dient regionale afstemming plaats te vinden. Onder grootschalig verstaan we hier detailhandel met een bruto vloeroppervlak van meer dan 1500 m².

Voor nieuwe detailhandelontwikkelingen geldt de Gelderse ladder voor duurzaam ruimtegebruik zoals opgenomen in de omgevingsvisie waarbij inzicht moet worden gegeven in de regionale behoefte zowel kwantitatief als kwalitatief. Ook dient in het bestemmingsplan de omvang, fasering van de ontwikkeling en branchering concreet aangegeven te worden.

▪ **Ten aanzien van de onderzoeksvragen**

1. *In hoeverre valt deze situatie onder de Dienstenrichtlijn?*

Vastgesteld kan worden dat een bouwmarkt als Hornbach goederen verkoopt. Mogelijke dienstverlening zoals montageservice en interieuradvies is naar onze mening ondergeschikt aan de verkoop van het goed. Daarbij kan worden gewezen op het *Burmanjer-arrest*. Dit impliceert opnieuw dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is. Ditzelfde geldt ten aanzien van de vestiging van Decathlon (zie case 2). Onder deze omstandigheden zouden beide situaties moeten worden getoetst aan de vrijheid van vestiging onder artikel 49 VWEU, dan wel aan het vrij verkeer van goederen in artikel 34 VWEU.

2. *In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van bepaalde vestigingseisen door de gemeente, ervan uitgaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als diensten in de zin van deze richtlijn?*

Voor zover de vestiging van Decathlon en Hornbach wel onder de Dienstenrichtlijn zouden vallen, geldt het volgende.

Hornbach

Uit de stukken en informatie op het internet wordt duidelijk dat aan Hornbach de eis wordt gesteld dat zij geen artikelen verkopen die kunnen concurreren met detailhandelaren in de binnenstad. Dit vereiste is moeilijk ruimtelijk te noemen. Bovendien zou het verdwijnen van bouwmarkten niet kunnen leiden tot duurzame ontwrichting. Deze eis lijkt dan ook bedoeld om de detailhandelaren in het centrum te beschermen. De doelstelling lijkt aldus gebaseerd op een economisch criterium dat zowel in het licht van artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn als onder het primaire recht niet houdbaar zal zijn. Vanuit Europees perspectief maakt het niet uit dat deze eis in een koopovereenkomst wordt gesteld (vgl. artikel 4, onder 7 Drl).

Decathlon

Het bestemmingsplan en de provinciale verordening staan in dit geval de vestiging van detailhandel toe. In zoverre vormen zij geen beperking van de vrijheid van vestiging.

Het is niettemin van belang te wijzen op de volgende paragraaf in de toelichting bij het bestemmingsplan, waarin de suggestie wordt gewekt dat de economische effecten wel degelijk een rol hebben gespeeld bij de vraag of het mogelijk was de vestiging te realiseren. Paragraaf 4.5 van de toelichting bij het bestemmingsplan heeft als titel 'Economische effecten van het plan' en bevat een uiteenzetting van de economische effecten van het bestemmingsplan. Er is onderzoek verricht door BRo in opdracht van de stadsregio Arnhem-Nijmegen waarin inzicht is gegeven in de verwachte economische effecten van Decathlon in het Rijnhal-gebied. Dit sluit tevens aan bij de vraag van de Provincie Gelderland om aan te tonen wat de gevolgen zijn van de voorgestane perifere ontwikkelingen voor de bestaande winkelgebieden en de binnensteden. In het onderzoek wordt gesteld dat de beoogde vestiging van een Decathlon-winkel voor de consument toegevoegde waarde heeft. Bovendien zijn mogelijke positieve effecten te verwachten doordat bezoekers van verder weg geneigd zijn hun bezoek aan een Decathlon te combineren met een bezoek aan de binnenstad. Verder wordt opgemerkt dat door de beoogde uitbreiding van het sportaanbod per inwoner en de positieve invloed op de bestedingen aan sportartikelen, de concurrentieverhoudingen tussen de aanbieders in de sportbranche wijzigen. Gezien het enigszins achterblijven van het gemiddelde sportaanbod per inwoner en de positieve invloed van op de bestedingen aan sportartikelen, zullen de effecten op de omzet van de aanwezige sportzaken in Arnhem en omgeving ten gevolge van een uitbreiding van het sportaanbod echter naar verwachting relatief beperkt zijn. Er wordt een minimaal negatief effect verwacht op de omzet van de detaillisten in de binnenstad en andere winkelconcentraties. Dit houdt mede verband met het verschillende karakter van de sportzaken. Wel zal het de mogelijkheden om voor de vestiging in bestaande winkelcentra beperken. Verder wordt opgemerkt dat een vestiging van Decathlon wellicht leidt tot een beperkte daling in de omzetten van de in de omgeving gevestigde detailhandel, maar dat de consument altijd op aanvaardbare afstand sportartikelen kan blijven kopen. In paragraaf 4.5 wordt tevens verwezen naar de aanpak ten aanzien van leegstand van winkels en kantoren. Daarbij wordt opgemerkt dat toevoeging van winkelvloeroppervlak dient bij te dragen aan versterking van de bestaande winkelstructuur.

Ten aanzien van de economische effecten wordt in paragraaf 4.5 het volgende geconcludeerd:

“Er is onderzoek gedaan naar de economische effecten van de komst van Decathlon naar de Rijnhal. Samengevat is de conclusie dat er een minimaal effect is op de omzet van detaillisten in de binnenstad en andere winkelconcentratie en dat het regionaal effect ook beperkt is door de spreiding over een groot aantal aanbieders. De uitkomst is ook dat er na de vestiging van Decathlon eigenlijk geen ruimte is voor nieuwe vestiging of uitbreiding van bestaande sportzaken”.

Op basis van het onderzoek is zoals gezegd in deze casus geconcludeerd dat de nieuwe detailhandel kan worden toegestaan. Het is ons inziens zeer de vraag of deze onderbouwing stand zou kunnen houden indien het onderzoek had uitgewezen dat de komst van Decathlon gelet op de economische effecten niet mogelijk zou zijn geweest. Zoals gezegd moeten economische effecten in verband worden gebracht met de ruimtelijke gevolgen.

Ten aanzien van Decathlon geldt tenslotte ook nog het vereiste van een omgevingsvergunning. Dit vormt weliswaar een beperking van de vrijheid van vestiging, maar deze beperking kan gerechtvaardigd zijn. Dit betekent dat moet worden onderzocht of hier economische motieven om de vestiging tegen te houden een rol zouden spelen. Dit zou overigens niet anders zijn, indien aan de vrijheid van vestiging zou moeten worden getoetst. Aangenomen mag worden, gelet op het de uiteenzetting hierboven, aan de omgevingsvergunning als zodanig geen economische doelstellingen ten grondslag liggen. In zoverre verzet de Dienstenrichtlijn zich niet tegen deze vergunningseis. Gelet op het oordeel in het arrest *Commissie/Spanje* kan bovendien worden aangenomen dat een dergelijke preventieve toets evenredig is.

Casuspositie 4: Vestiging Toys 'R Us in Gemeente Groningen

Deze casuspositie is gebaseerd op het volgende krantenbericht van het dagblad Trouw op 27 juli 1995.

Rel in stad Groningen over vestiging speelgoedgigant

27/07/95, 00:00

Van onze correspondent GRONINGEN - Een boze winkelketen, een projectontwikkelaar die zich verbijt en een gemeentebestuur dat alle emoties voorlopig maar langs de koude kleren laat afglijden. Het zijn de ingrediënten van een heuse rel in Groningen over de vestiging van de mega-speelgoedwinkel Toys 'R Us.

Dit Amerikaanse concern had voor een noordelijke vestiging zijn oog op Groningen laten vallen. De gemeente was zeer in haar nopjes. De komst van Toys 'R Us werd algemeen toegejuicht als een goede ontwikkeling voor de tanende centrumfunctie van 'de metropool van het noorden'.

De vestiging van de speelgoedgigant is echter zeer onzeker. Het bedrijf is namelijk zo boos over de weigering van de gemeente een vergunning af te geven voor de locatie waar het zich wil nestelen dat het bedrijf zich momenteel in de concurrent-steden Leeuwarden en Assen oriënteert.

Groningen wenst af te rekenen met het rode, ondernemersonvriendelijke imago uit de jaren zeventig. In het omvangrijke revitaliseringsplan voor de binnenstad werd mede daarom, pal tegen de binnenstad aan, ruimte gereserveerd voor de ooit verfoeide grootschalige detailhandel. Onder de Westerhaven komt een parkeergarage voor 800 auto's met daarop 12 000 vierkante meter verkoopruimte voor in één produkt gespecialiseerde warenhuizen.

Maar de speelgoedgigant ziet deze locatie niet zitten. Stable International, dat de vastgoedzaken voor 'Toys' behartigt, verkiest het Molenpark: het nieuwste Groningse bedrijventerrein waar McDonald's een McDrive opende, Ikea zijn noordelijke vestiging bouwt en een mammoet-autozaak is gepland. 'Toys' verkiest deze locatie vlakbij de ringweg, mede vanwege de uitstraling van Ikea. "Wij zien niets in de Westerhaven. We plaatsen vraagtekens bij de bereikbaarheid en het aantal parkeerplaatsen", zegt vastgoed-directeur W. Veldhuizen.

De gemeente houdt voet bij stuk. Ze zet alle kaarten op de binnenstad, investeert honderden miljoenen gulden in het opkrikken van het winkelhart. En de binnenstadsondernemers betalen tien miljoen gulden mee aan de bouw van vijf grote parkeergarages om de bereikbaarheid van het kleine stadscentrum drastisch te verbeteren. "We zouden een onbetrouwbare gesprekspartner zijn als we 'Toys' op het Molenpark zouden toestaan zolang de parkeergarages niet zijn gerealiseerd", meent burgemeester H. Ouwerkerk. "Het Molenpark zal de binnenstad dan absoluut uitzuigen. We kunnen de binnenstadsondernemers geen offer vragen en tegelijkertijd de concurrent een goede locatie met gratis parkeren toestaan."

De gemeente vreest een precedentwerking en wil ook eerst de Westerhaven ontwikkelen. In het Molenpark zijn voorlopig alleen zaken in grote goederen, zoals auto's, boten en meubels toegestaan. Een motie om voor Toys 'R Us een uitzondering te maken verwierp de gemeenteraad met één stem verschil.

De Groningse zakenman A. J. van der Molen, drijvende kracht achter het Molenpark, is teleurgesteld. Hij wijst beschuldigend naar zijn collega-middenstanders. Met het frustreren van de detailhandelsfunctie van zijn Molenpark heeft de binnenstadslobby weer eens gewonnen, meent hij. "De binnenstadsondernemers zijn te conservatief en defensief. Ze reageren als 40 jaar geleden toen V & D zich aan de Grote Markt vestigde. Ze zijn bang dat hun positie door de komst van een nieuw, groot bedrijf wordt ondergraven, maar zouden de mogelijkheden van zo'n nieuwe ontwikkeling voor de stad als geheel moeten beseffen."

Ouwerkerk zou het betreuren als Toys 'R Us naar Leeuwarden uitwijkt: "Groningen heeft meer uitstraling. Maar komen ze niet, jammer dan."

▪ Feiten

Casuspositie 4 gaat om een weigering van de gemeente Groningen om een individuele vergunning af te geven aan Toys 'R Us op een plek waar dit bedrijf dit wil (Molenpark).

Groningen heeft een revitaliseringsplan opgesteld voor de binnenstad en heeft in dit verband, pal tegen de binnenstad aan, ruimte gereserveerd voor de grootschalige detailhandel, genaamd 'Westerhaven'. Toys'r Us ziet deze locatie echter niet zitten en wil zich graag vestigen op het nieuwste Groningse bedrijventerrein, genaamd 'Molenpark', waar ook Mc Donalds en Ikea zijn gevestigd en een auto-zaak is gepland.

Het krantenbericht dat aan deze casuspositie ten grondslag ligt dateert van 27 juli 1995. Dit betekent dat op het internet geen andere bronnen te vinden zijn over deze kwestie.

▪ **Het nationale wettelijk ruimtelijke ordeningskader**

Het relevante wettelijk kader is voor deze casuspositie niet meer te achterhalen, nu deze dateert uit 1995.

▪ **Ten aanzien van de onderzoeksvragen**

1. In hoeverre valt deze situatie onder de Dienstenrichtlijn?

De verkoop van speelgoed betreft wederom detailhandel. We hebben hier dus te maken met de vestiging van een onderneming die goederen verkoopt hetgeen zoals al eerder is beargumenteerd, er voor zorgdraagt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is. De situatie valt onder het regime van artikel 49 VWEU.

2. In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van bepaalde vestigingseisen door de gemeente, ervan uitgaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als diensten in de zin van deze richtlijn?

Voor zover de Dienstenrichtlijn wel van toepassing zou zijn, geldt het volgende.

De gemeente Groningen wil de binnenstad revitaliseren en heeft hierin 100 miljoen gulden in geïnvesteerd. In de stad worden vijf parkeergarages gebouwd om de bereikbaarheid van het stadscentrum te verbeteren. De binnenstadondernemers hebben ook meebetaald aan de bouw van parkeergarages om de bereikbaarheid van het centrum te vergroten. De gemeente stelt dat zij een onbetrouwbare gesprekspartner is als zij Toys'R us toestaat op Molenpark zolang deze parkeergarages nog niet zijn gerealiseerd. Toenmalig burgemeester H. Ouwerkerk zei: *"Het Molenpark zal de binnenstad dan absoluut uitzuigen. We kunnen aan binnenstad ondernemers geen offer vragen en tegelijkertijd een goede locatie met gratis parkeren toestaan."* In het Molenpark zijn voorlopig alleen zaken in grote goederen, zoals auto's, boten en meubels toegestaan.

De gemeente wil niet meewerken aan de vestiging van Toys 'R us, met als gevolg dat deze onderneming zich niet kan vestigen op de voor het bedrijf gewenste plek. De argumenten van de gemeente lijken erop te duiden dat er niet alleen maar ruimtelijke ordeningsmotieven aan de weigering van de vergunning ten grondslag liggen. In dit verband is van belang dat de gemeente tevens heeft aangegeven dat de ondernemers in het centrum voor miljoenen meebetalen aan de parkeergarages. Als Toys 'R us in Molenpark zou worden toegestaan zolang deze parkeergarages niet gerealiseerd zijn, dan zou dit de binnenstad uitzuigen. Er zou ten onrechte een offer worden gevraagd van de ondernemers in de binnenstad. Dergelijke argumenten zijn met het oog op het verbod op

economische criteria, risicovol. Het suggereert dat de vestiging van Toys 'R us wordt geweigerd om de ondernemers in de binnenstad te beschermen. Het gemeentebestuur van de gemeente Groningen beargumenteert de weigering van de vergunning op een bedrijventerrein, met het ruimtelijke orderingsargument dat zij de binnenstad wil revitaliseren. Daaruit volgt dat het vestigingen van detailhandel op bedrijventerreinen niet in de rede ligt. Voor zover al kan worden aangenomen dat er sprake is van een ruimtelijk motief, is het –wederom- de vraag of de komst van Toys 'R us in Molenpark zal leiden tot verpaupering.

Casuspositie 5: Reactieve aanwijzing van GS van Zuid-Holland aan Lansingerland

▪ Feiten

Case 5 omvat de uitspraak Raad van State van 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3602.¹³⁷ De situatie ziet op de reactieve aanwijzing van Gedeputeerde Staten van de provincie Zuid-Holland ten aanzien van de vaststelling van het bestemmingsplan "Hoefweg-Noord (Prisma)" door de gemeenteraad van de gemeente Lansingerland. Dit plan vormt de planologisch-juridische regeling voor Bedrijvenpark Prisma te Lansingerland, gelegen ten noorden van de rijksweg A12 en ten oosten van Zoetermeer. Aan een deel van de gronden in het plangebied is in het plan de bestemming "Bedrijventerrein" toegekend. In artikel 3, leden 3.6.2 en 3.6.3, van de planregels zijn afwijkingsbevoegdheden opgenomen ten behoeve van de vestiging van nieuwe perifere detailhandel en de verhuizing van bestaande perifere detailhandel.

Gedeputeerde Staten stellen zich op het standpunt dat de mogelijkheden die het plan bevat voor grootschalige perifere detailhandel in strijd zijn met de artikelen 2 en 9 van de Verordening Ruimte van de provincie Zuid-Holland (hierna: de Verordening) en het provinciale beleid, zoals neergelegd in de Provinciale Structuurvisie "Visie op Zuid-Holland" (hierna: de Structuurvisie). Bij besluit van 30 juli 2013 heeft het college van Gedeputeerde Staten besloten de raad van de gemeente Lansingerland een aantal aanwijzingen te geven ertoe strekkende dat de in de aanwijzingen vermelde onderdelen van artikel 3 van de planregels geen deel blijven uitmaken van het bestemmingsplan "Hoefweg-Noord (Prisma)".

De raad van de gemeente Lansingerland, alsmede partijen Prisma en ASR kunnen zich niet verenigen met deze aanwijzing en leggen het voor aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Prisma en ASR wensen in het bijzonder een meubelboulevard te realiseren op het bedrijventerrein.

▪ Het nationale wettelijke ruimtelijke orderingskader

Ingevolge artikel 3.8, zesde lid, eerste volzin, Wro kunnen gedeputeerde staten, indien aan de in het vierde lid bedoelde voorwaarden is voldaan, binnen de in dat lid genoemde termijn met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het vastgestelde bestemmingsplan aan de gemeenteraad een

¹³⁷ Zie annotatie van G.H.J. Heutink in *Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2015/42.

aanwijzing als bedoeld in artikel 4.2, eerste lid, geven, ertoe strekkende dat dat onderdeel geen deel blijft uitmaken van het bestemmingsplan zoals het is vastgesteld. Ingevolge de vierde volzin vermelden Gedeputeerde Staten in de redengeving de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen die de provincie beletten het betrokken provinciaal belang met inzet van andere aan hen toekomende bevoegdheden te beschermen.

Ingevolge artikel 4.2, eerste lid, kunnen gedeputeerde staten, indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken, aan de gemeenteraad een aanwijzing geven om binnen een daarbij te bepalen termijn een bestemmingsplan vast te stellen overeenkomstig daarbij gegeven voorschriften omtrent de inhoud van dat bestemmingsplan.

De relevante bepalingen in de Verordening van Zuid-Holland, zijn (zo volgt uit de uitspraak) als volgt.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de provinciale verordening voorziet een bestemmingsplan dat betrekking heeft op een nieuwe ontwikkeling met wonen, bedrijven, zelfstandige kantoren, detailhandel en andere stedelijke voorzieningen in een aantoonbare behoefte en is het gebaseerd op een regionale visie op het programma of is het tenminste regionaal afgestemd. De toelichting van het bestemmingsplan bevat hierover een verantwoording.

Ingevolge het tweede lid, voor zover van belang, houdt een bestemmingsplan dat betrekking heeft op een nieuwe ontwikkeling met wonen, bedrijven, zelfstandige kantoren, detailhandel en andere stedelijke voorzieningen rekening met de navolgende voorkeursvolgorde:

- het benutten van locaties voor herstructurering, intensivering of transformatie binnen bestaand stedelijk en dorpsgebied 2010 als aangegeven op kaart 4a;
- het benutten van locaties aansluitend aan bestaand stedelijk en dorpsgebied 2010 als aangegeven op kaart 4a. De toelichting van het bestemmingsplan bevat hierover een verantwoording.

Ingevolge artikel 9, eerste lid, wijst een bestemmingsplan voor gronden die zijn gelegen buiten de bestaande winkelconcentraties in de centra van steden, dorpen en wijken of nieuwe wijkgebonden winkelcentra geen bestemmingen aan die nieuwe detailhandel mogelijk maken.

Ingevolge het tweede lid, voor zover van belang, is het bepaalde in lid 1 niet van toepassing op een bestemmingsplan dat de volgende ontwikkelingen mogelijk maakt:

- a. detailhandel in auto's, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buiten speelapparatuur, fitnessapparatuur, piano's, surfplanken en tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen;
- b. tuincentra;
- c. bouwmarkten;
- d. grootschalige meubelbedrijven (inclusief in ondergeschikte mate woninginrichting en stoffering) met een bruto vloeroppervlak van minimaal 1.000 m² en detailhandel in: keukens, badkamers, vloerbedekking, parket, zonwering en jacuzzi's; mits de gronden op kaart 7 zijn aangewezen als opvanglocatie voor perifere detailhandel;

(...).

Ingevolge het vijfde lid gaat een bestemmingsplan dat een ontwikkeling van perifere detailhandel mogelijk maakt, zoals bedoeld in lid 2 onder b, c en d, bij detailhandelsontwikkelingen groter dan 1.000 m² (brutovloeroppervlak) vergezeld van een distributieplanologisch onderzoek (hierna: DPO). Uit het onderzoek moet blijken dat er geen sprake is van ontwrichting van de detailhandelsstructuur. Tevens is advies nodig van het Regionaal Economisch Overleg (REO).

Ingevolge artikel 21, derde lid, voor zover van belang, kan in afwijking van het bepaalde in deze verordening in een bestemmingsplan een bouw- of gebruiksrecht uit een geldend bestemmingsplan opnieuw worden bestemd, indien het belang bij strikte handhaving van deze verordening niet in verhouding staat tot het belang bij het behoud van het bouw- of gebruiksrecht.

▪ Ten aanzien van de onderzoeksvragen

1. In hoeverre valt deze situatie onder de Dienstenrichtlijn?

Zowel de bepalingen in de provinciale verordening als de reactieve aanwijzingen hebben betrekking op vestiging van detailhandel, zoals verkoop van auto's, meubels en tuincentra. Dit betekent zoals hierboven herhaaldelijk uiteengezet dat de aanwijzing noch de betrokken bepalingen in de provinciale verordening moeten worden getoetst aan de Dienstenrichtlijn.

Dit volgt ook rechtstreeks uit de uitspraak zelf. Blijkens de uitspraak hebben Prisma en ASR aangevoerd dat de reactieve aanwijzing in strijd is met artikel 14, aanhef en onder vijf van de Dienstenrichtlijn. Zij stellen zich - kort weergegeven - op het standpunt dat het college aan het bestreden besluit geen ruimtelijke, maar uitsluitend economische motieven ten grondslag heeft gelegd. Het college wil de vestiging van perifere detailhandel op bedrijventerrein Prisma volgens hen voorkomen uit het oogpunt van branchebescherming. Volgens Prisma en ASR volgt uit artikel 14 van de Dienstenrichtlijn dat de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mag worden gesteld van economische criteria, zoals onder meer het aantonen van een economische behoefte of marktvraag.

De Afdeling gaat hier echter niet op in, nu zij op basis van de inmiddels vaste rechtspraak tot de conclusie komt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op de activiteiten die Prisma en ASR wensen te ontplooiën, nu het gaat om de verkoop van goederen. Dit betekent dat de aanwijzing niet aan de Dienstenrichtlijn hoeft te worden getoetst. De Afdeling overweegt hiertoe als volgt in r.o. 34.2:

"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraken van 25 juli 2012, zaak nr. 201105171/1/A2, 19 juni 2013, zaak nr. 201203334/1/A3, en 25 juni 2014, zaak nr. 201307133/1/A1, is de Dienstenrichtlijn, gelet op artikel 2, eerste lid, en artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn, slechts van toepassing als het specifiek gaat om dienstverrichting, in welk verband voor de betekenis van het begrip "dienst" wordt verwezen naar artikel 50 van het EG-verdrag (thans: artikel 57 van het VWEU). Daarbij wijst de Afdeling erop dat de Dienstenrichtlijn blijkens haar considerans geen betrekking heeft op de

toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het EG-verdrag (thans: de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU) over het vrije verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en geen eisen ten aanzien van goederen. Met betrekking tot de relatie tussen de begrippen "dienst" en "goed" in geval van verkoop van goederen overweegt de Afdeling dat volgens vaste rechtspraak van het Hof (bijvoorbeeld het arrest van 26 mei 2004, C-20/03, Burmanjer, punt 34; www.curia.europa.eu) in het geval een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, de maatregel in beginsel slechts wordt onderzocht ten aanzien van één van deze twee vrijheden, indien blijkt dat één van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.

Prisma en ASR wensen in het bijzonder een meubelboulevard te realiseren op het bedrijventerrein. De door de reactieve aanwijzingen getroffen onderdelen van artikel 3, leden 3.6.2 en 3.6.3, van de planregels maken - na toepassing van de afwijkingsbevoegdheid - detailhandel mogelijk in bepaalde branches, te weten tuinentra, bouwmarkten, grootschalige meubelbedrijven en detailhandel in keukens, badkamers, vloerbedekking, parket, zonwering en jacuzzi's. Ter zitting is gebleken dat de activiteiten die Prisma en ASR op het bedrijventerrein wensen te ontplooiën betrekking hebben op de verkoop van meubels, keukens en badkamers. Naar het oordeel van de Afdeling vormen deze economische activiteiten geen diensten in de zin van artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn en artikel 57 van het VWEU, maar betreffen zij de verkoop van goederen en vallen zij onder de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU. Voor zover bij de verkoop van goederen in deze branches van detailhandel tevens diensten worden verricht, zoals het geven van interieuradvies, betreft het ondergeschikte dienstverlening in het kader van de verkoop van goederen. De vrijheid van diensten is daarom in dit geval volledig ondergeschikt aan het in artikel 34 van het VWEU gewaarborgde vrije verkeer van goederen. Derhalve vallen de economische activiteiten die Prisma en ASR wensen te ontplooiën niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Het bestreden besluit, voor zover daarmee de mogelijkheid voor Prisma en ASR tot het verkopen van meubels, keukens en badkamers wordt beperkt, dient om die reden niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst."

Dit oordeel van de Afdeling sluit aan bij hetgeen wij hebben uiteengezet in deel I ten aanzien van de discussie of goederen onder de Dienstenrichtlijn vallen.

2. *In hoeverre verhindert de Dienstenrichtlijn de toepassing van bepaalde vestigingseisen door de gemeente, ervan uitgaande dat bepaalde detailhandel activiteiten (toch) gekwalificeerd kunnen worden als diensten in de zin van deze richtlijn?*

Voor zover de casus wel onder de Dienstenrichtlijn valt, geldt het volgende.

De Verordening en de reactieve aanwijzingen bepalen de vestigingsgebieden voor detailhandel en vormen in zoverre een beperking van de vrijheid van vestiging. De vraag is welke motieven hieraan ten grondslag liggen.

Uit de uitspraak blijkt (r.o.29) dat de gemeenteraad heeft aangevoerd dat de ruimtelijke overwegingen die het college aan het bestreden besluit ten grondslag heeft gelegd, het geven van de reactieve

aanwijzingen niet kunnen rechtvaardigen. De raad heeft onder meer betoogd onder verwijzing naar het dpo van 13 mei 2013 dat niet voor leegstand in de bestaande centra hoeft te worden gevreesd. Volgens de raad heeft het college van Gedeputeerde Staten bovendien ten onrechte gesteld dat de ontwikkeling van nieuwe perifere detailhandelsconcentraties uit het oogpunt van consumentenverzorging niet wenselijk is, gezien de ruime aanwezigheid van perifere detailhandelsconcentraties en de zichtbare druk op brancheverruiming. Deze overwegingen zijn volgens de raad niet ruimtelijk relevant en konden daarom niet aan het bestreden besluit ten grondslag worden gelegd.

Het college van Gedeputeerde Staten stelt daartegenover dat de mogelijkheden die het plan biedt voor nieuwe perifere detailhandel in het plangebied in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening. Daarbij acht het college niet alleen van belang dat het plan op de hiervoor vermelde punten in strijd is met de artikelen 2 en 9 van de Verordening, maar ook dat toevoeging van extra winkelaanbod in de woninginrichting vanwege de huidige druk op het functioneren van de bestaande binnensteden en andere aankoopplaatsen niet aanvaardbaar is. Ruimtelijke overwegingen zijn daarbij onder meer gelegen in de bevordering van de ruimtelijke kwaliteit en de bereikbaarheid van de voorzieningen, in het voorkomen van leegstand en ter bescherming van de leefbaarheid van de bestaande centra, aldus het college. Het terughoudende beleid voor nieuwe perifere detailhandel op bedrijventerreinen is volgens het college ingegeven door de wens om deze terreinen voor reguliere bedrijven te behouden. Het college wijst er verder op dat in het regionale detailhandelsbeleid is beschreven dat de leegstand in de detailhandel toeneemt vanwege onder meer de toenemende bestedingen via internet en de druk op de consumentenbestedingen. Gezien de ruime aanwezigheid van perifere detailhandelsconcentraties in de regio en de zichtbare druk op brancheverruiming is het volgens dit beleid niet wenselijk dat er nog nieuwe perifere detailhandelsconcentraties worden ontwikkeld.

Uit het bestreden besluit en de toelichting die het college ter zitting heeft gegeven, leidt de Afdeling af dat het college de mogelijke gevolgen voor leegstand op andere plaatsen en de wens om bedrijventerreinen voor reguliere bedrijven te behouden als de doorslaggevende ruimtelijke bezwaren tegen de vestiging van perifere detailhandel op bedrijventerrein Prisma beschouwt (r.o. 29.2). Anders dan de raad betoogt, heeft het college op dit punt ruimtelijke overwegingen aan het bestreden besluit ten grondslag gelegd. Ter zitting is gebleken dat het college het gegeven dat locaties voor perifere detailhandel in de regio al in ruime mate voorhanden zijn naar voren heeft gebracht in verband met het voorkomen van onaanvaardbare leegstand en het beschermen van de ruimtelijke kwaliteit van de bestaande perifere detailhandelslocaties. Dit zijn belangen van ruimtelijke ordening. Ter zitting heeft het college toegelicht dat bij de ontwikkeling van perifere detailhandel op bedrijventerrein Prisma moet worden gevreesd voor het ontstaan van leegstand op de bestaande opvanglocaties voor perifere detailhandel. Volgens het college is er nu al leegstand op deze locaties en moet verergering daarvan worden voorkomen. Als er marktruimte is voor de vestiging van extra perifere detailhandel, wil het college daarvoor de nog beschikbare ruimte op de bestaande perifere detailhandelslocaties benutten. Prisma en ASR hebben niet aannemelijk gemaakt dat hetgeen het

college over de leegstand op de bestaande locaties heeft gesteld onjuist is. De Afdeling is daarom van oordeel dat het college het voorkomen van onaanvaardbare leegstand en het beschermen van de ruimtelijke kwaliteit op de bestaande perifere detailhandelslocaties in redelijkheid als ruimtelijke belangen heeft kunnen beschouwen die het geven van de reactieve aanwijzingen rechtvaardigen.

De Afdeling komt uiteindelijk tot de conclusie dat het college de reactieve aanwijzingen in redelijkheid noodzakelijk heeft kunnen achten ter bescherming van provinciale belangen met het oog op een goede ruimtelijke ordening.

Op basis van de overwegingen van de Afdeling dient te worden geconcludeerd dat aan de reactieve aanwijzing (en impliciet: de bepalingen die hieraan ten grondslag liggen) ruimtelijke motieven ten grondslag zijn gelegd. Hiermee is gegeven dat er geen sprake is van economische motieven in de zin van artikel 14, aanhef en onder 5, Drl.

In de uitspraak wordt de reactieve aanwijzing evenwel niet getoetst in het licht van de vrijheid van vestiging. Dit zou ertoe hebben geleid dat ook aandacht zou worden besteed aan overige Europeesrechtelijke vereisten.

14. Conclusies ten aanzien van Deel II

In deel II van dit onderzoek is onderzocht hoe de Nederlandse ruimtelijke ordeningspraktijk om in ruimtelijke plannen eisen te stellen aan de vestiging van detailhandel zich verhoudt tot het kader dat in deel I is geschetst. Daarbij is de nadruk gelegd op de vraag of er sprake is van economische criteria. Op basis van de beschrijving van de ruimtelijk ordening in Nederland en de beoordeling van bovenstaande 5 casusposities, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

- Leidend voor de vormgeving en de inrichting van ruimtelijke instrumenten op basis van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is 'een goede ruimtelijke ordening' en duurzaam gebruik van de ruimte. Naar nationaal recht moeten bij het toekennen van bestemmingen aan gronden en gebouwen economische criteria die uitsluitend concurrentiebevordering of bescherming tot doel hebben, buiten de ruimtelijke afweging worden gehouden. Dit volgt zowel uit nationale wet- en regelgeving, zoals nog eens is benadrukt in het Besluit ruimtelijke ordening, als uit de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In zoverre kan worden geconcludeerd dat het Nederlandse wettelijk kader nakoming van artikel 14, aanhef en onder 5, Drl moet kunnen waarborgen.
- Als we aannemen dat detailhandel niet onder de Dienstenrichtlijn valt, dan valt slechts een zeer klein gedeelte van de casusposities binnen de reikwijdte van de richtlijn. Het overige gedeelte zal met name moeten worden getoetst aan de vrijheid van vestiging onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging (van zowel ondernemingen die goederen

verkoop als ondernemingen die diensten verrichten). In dat geval is het van wezenlijk belang dat er aan de maatregel of de weigering van de vergunning een tenminste potentieel grensoverschrijdend aspect is. Dit is voor een maatregel vaak gemakkelijker aan te tonen dan voor een specifieke weigering, omdat bij een maatregel ook de potentiële belemmering voor grensoverschrijdend verkeer moet worden meegenomen. Als we ervan uitgaan dat detailhandel wel een dienst in de zin van de richtlijn is, dan vallen de casusposities wel binnen de richtlijn. Met betrekking tot het verbod op economische vestigingseisen maakt dit overigens weinig verschil. Zoals uiteengezet in deel I is het verbod op economische criteria onder de richtlijn vergelijkbaar met het verbod onder artikel 49 VWEU.

- De bestemmingsplannen die op het niveau van de gemeente worden vastgesteld moeten voldoen aan de eisen in de verordeningen die op provinciaal niveau worden vastgesteld. De provincie beschikt over verschillende bevoegdheden om dit af te dwingen. Indien een gemeente bepaalde ontwikkelingen wil toestaan op het gebied van detailhandel, zijn dus niet alleen de gemeentelijke normen relevant, maar ook de provinciale. Uit de casusposities volgt dat de situatie zich regelmatig voordoet dat een gemeente een bepaalde ontwikkeling op perifere gebieden graag wil toestaan, terwijl de provincie zich hiertegen verzet. Dit kan verband houden met het feit dat de ruimtelijke gevolgen van (grootschalige) perifere detailhandel de individuele gemeente overstijgen.
- Op basis van de casusposities kan worden geconcludeerd dat in de praktijk bij het vaststellen van ruimtelijke plannen of het verlenen van een ontheffing van een bestemmingsplan of provinciale verordening veelal gebruikt wordt gemaakt van haalbaarheids- en effectenanalyses. Dit zijn economische analyses die de effecten van de komst van nieuwe detailhandel in kaart brengen. De rapporten worden in veel van de onderzochte gevallen in opdracht van de gemeente of de provincie opgesteld. In andere gevallen wordt het rapport (vrijwillig) door belanghebbenden zelf aangedragen die menen dat de nieuwe plannen voor hen nadelige financiële gevolgen zullen hebben.
- Het doel van deze economische analyse is vaak om te onderzoeken in hoeverre de ontwikkeling van het nieuwe plan zal leiden tot leegstand of nadelige effecten zal hebben op de ruimtelijke kwaliteit. Een andere belangrijke vraag is of de maatregel zal leiden tot duurzame ontwrichting. In de rapporten wordt gekeken in hoeverre met het oog op deze doelstellingen er nog marktruimte bestaat, dan wel in hoeverre er nog behoefte bestaat aan het te ontwikkelen plan. Het in kaart brengen van de economische gevolgen moet aldus gezien worden als een middel dat moet leiden tot een goede ruimtelijke ordening en duurzaam ruimtegebruik en is geen doel op zich.
- Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat het in kaart brengen van de economische effecten uit het oogpunt van goede ruimtelijke ordening en het in kaart brengen van de economische

effecten an sich, dicht naast elkaar liggen. Hiertoe is in het licht van de Europeesrechtelijke eisen van belang dat nauwkeurig wordt ingegaan op het verband tussen de economische effecten en de ruimtelijke gevolgen. In een aantal gevallen had in de rapporten (meer) aandacht moeten worden besteed aan het verband tussen de economische effecten en de ruimtelijke gevolgen die dit zal hebben. Ook volgt dit niet altijd helder uit de beleidsdocumenten of toelichtingen op bestemmingsplannen en provinciale verordeningen.

- Bij de afweging of buiten het centrum detailhandel moet worden toegestaan, spelen de argumenten van ruimtelijke kwaliteit en het voorkomen van leegstand, dan wel 'verpaupering' een belangrijke rol. Het is de vraag in hoeverre leegstand kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die een beperkend ruimtelijke voorschrift kan rechtvaardigen. Leegstand houdt immers nauw verband met het faillissement van concurrenten. Niettemin achten wij zeker niet uitgesloten dat leegstand en verpaupering als dwingende reden zou kunnen worden aangemerkt. Het is daarbij wel van belang dat goed wordt aangegeven waarom deze maatregel dan voldoet aan de evenredigheidstoets, met name het consistentievereiste.
- In één casuspositie (casuspositie 3 Hornbach in Ressen) is geconcludeerd dat sprake is van economische criteria, namelijk de vestigingsvoorwaarde dat Hornbach geen producten verkoopt die concurrenten in de binnenstad ook verkopen. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze eis vooralsnog alleen in een overeenkomst tussen de gemeente en Hornbach is neergelegd en nog niet is vormgegeven in planologische besluiten. In casuspositie 4 (vestiging van Toys 'R us in Groningen) kan sterk worden betwijfeld of er sprake is van zuiver ruimtelijke ordeningsmotieven. Er lijkt eerder sprake van economische motieven. Het gaat evenwel om een situatie die zich in 1995 voordeed en daardoor minder relevant is te achten voor het huidige toetsingskader.
- In de overige casusposities komen wij tot de conclusie dat er weliswaar onderzoek wordt gedaan naar de economische effecten, maar dat hier over het algemeen uiteindelijk ruimtelijke ordeningsmotieven aan ten grondslag liggen.
- Tot slot kan worden geconcludeerd dat bij de afweging of buiten het centrum detailhandel moet worden toegestaan, de vraag of dit in overeenstemming is met het Europese toetsingskader geen rol speelt, althans niet zichtbaar. Dit betekent dat de vraag of wordt voldaan aan de evenredigheidstoets en de vraag of het beoogde doel op samenhangende en consistente wijze wordt nagestreefd, onderbelicht blijft.

15. Bijlage I: De onderzoekers

Prof. mr. E. (Elies) Steyger is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Haar werkzaamheden daar omvatten zowel regulier als post-academisch onderwijs en onderzoek op het gebied van Europees bestuursrecht in ruime zin. . Zij heeft op vele gebieden gepubliceerd, waaronder een pre-advies voor de Nederlandse vereniging van Europees recht over de Dienstenrichtlijn (2007) alsmede over ondernemingen die diensten van algemeen economisch belang verrichten. Tevens heeft zij onderzoek gedaan naar het effect van het Europese materiële recht op het stelsel van gezondheidszorg, alsmede naar de convergentie tussen de interne markt en het mededingingsrecht. Sedert 1999 is zij tevens werkzaam in de advocatuur. Zij is begonnen bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn, daarna is zij werkzaam geweest bij Bird & Bird in Den Haag en Holla advocaten in 's-Hertogenbosch. Tegenwoordig heeft zij haar eigen advocatenkantoor in 's-Hertogenbosch. Voordat zij de advocatuur in ging heeft zij als senior wetgevingsjurist gewerkt bij de ministeries van Volksgezondheid Welzijn en Cultuur en (toen nog) Economische Zaken.

Prof. Mr. J. (Jan) Struiksma is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het ruimtelijk bestuursrecht, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit in Amsterdam, waar hij naast ruimtelijk bestuursrecht de algemene bestuursrechtelijke vakken doceert en zich tevens bezig houdt met het bestuursprocesrecht. Hij is afkomstig uit de praktijk van de ruimtelijke ordening: hij werkte tot 1990 bij de provincie Noord-Holland, bij de gemeente Zaanstad en bij het stedenbouwkundig adviesbureau VVK Architectuur en Stedenbouw in Amsterdam. Hij is auteur van het studieboek *Het systeem van het ruimtelijke* en was annotator van bestuursrechtelijke uitspraken in de *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Verder zijn diverse publicaties van hem verschenen in het *Tijdschrift voor Bouwrecht* (tot 2008 bekend als *Bouwrecht*), bij welk blad hij deel uitmaakt van de redactieraad. Naast zijn werk aan de universiteit gaf hij les bij het Studiecentrum voor de Rechterlijke Macht en was hij rechter-plaatsvervanger bij de rechtbanken te Utrecht en Amsterdam. Op dit moment is hij naast zijn hoofdtaak als hoogleraar voorzitter van het Instituut voor Bouwrecht.

Mr. M.R. (Marleen) Botman is universitair docent aan de Vrije Universiteit. Haar promotieonderzoek betreft de tenuitvoerlegging van de Europese Dienstenrichtlijn in Nederland, in het licht van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie. Ze publiceert regelmatig in juridische vakbladen en is daarnaast is betrokken bij verschillende cursussen en presentaties op het gebied van het vrije dienstenverkeer, in het bijzonder de Dienstenrichtlijn. Voordat Marleen overstapte naar de wetenschap, werkte zij als advocaat op een middelgroot advocatenkantoor in Haarlem. Ook werkte zij enkele jaren als jurist op de rechtbank Alkmaar, secties bestuursrecht en strafrecht. Op deze gebieden studeerde zij in 2001 af aan de VU.

Zie voor een overzicht van het onderzoekswerk van de onderzoekers: <http://www.metis.vu.nl/>.